This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

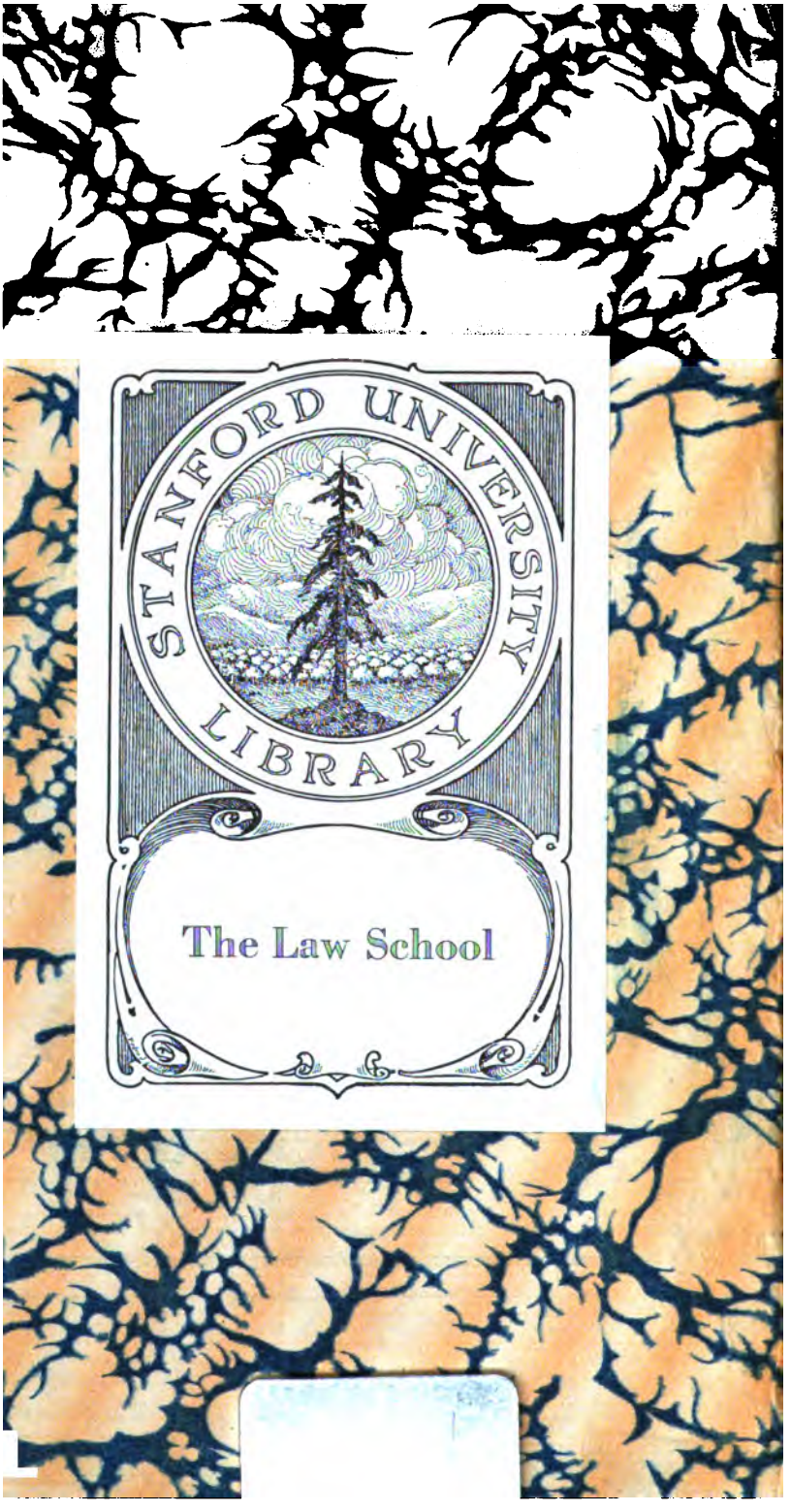
+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

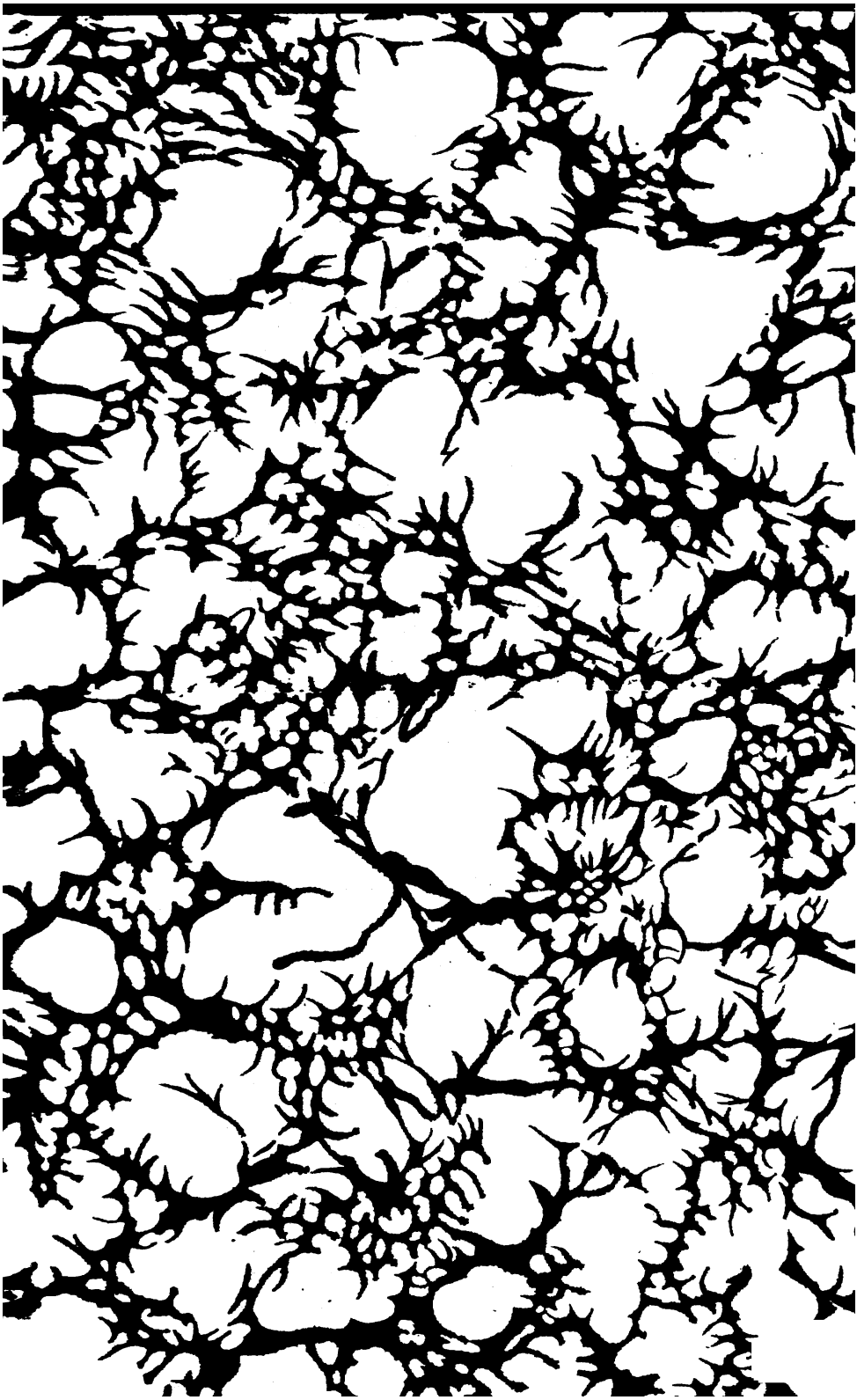
+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`


STANFORD UNIVERSITY
LIBRARY
The Law School



TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE DROIT CIVIL

VI

DES BIENS

Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT CIVIL

DES BIENS

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE
DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

M. CHAUVEAU
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES

TROISIÈME ÉDITION

Entièrement refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence.

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, Rue Soufflot, PARIS, 5e Arrt.
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1905

L 3320

FEB 2 0 1931

DES BIENS

ET

DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ

(Livre II, titres I, II, III et IV du Code civil)

NOTIONS GÉNÉRALES

1. Le livre premier du code civil s'est occupé des personnes. Le livre deuxième va traiter des choses ou biens. Il détermine d'abord les diverses espèces de biens (titre I), puis les droits divers dont les biens sont susceptibles (titres II, III et IV).

Suivant les jurisconsultes romains, disent MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, le droit s'applique à trois objets : les personnes, les choses et les actions: *Omne jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.* Cette division repose sur des notions qui sont de tous les temps et de tous les pays; et si elle n'est pas reproduite par le code civil, c'est parce que la procédure, qui chez nous correspond assez exactement aux actions du droit romain, est en droit français l'objet d'un code particulier. Ainsi le code civil n'a que deux objets : les personnes, dont il a été traité dans le premier livre, et les choses, dont s'occupent le second et le troisième livre. Il faut même remarquer que le code ne traite pas des choses en général; s'il mentionne celles qui n'appartiennent à personne (art. 714), c'est uniquement pour renvoyer à des lois spéciales qui règlent la manière dont chacun peut en user, et quelquefois même se les approprier (art. 714, 715 et

717). Ces matières sont dans le domaine du droit administratif; le code ne s'occupe que des choses qui, se trouvant *in bonis alicujus*, prennent la dénomination spéciale de BIENS.

§ I. *Du patrimoine et les divers droits que nous pouvons avoir.*

2. Le patrimoine est un ensemble de droits et de charges appréciables en argent. Seule, une personne, physique ou morale, peut avoir un patrimoine. Toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne possèderait rien; le patrimoine est en effet une abstraction et représente plutôt l'aptitude à posséder; c'est une conséquence de la personnalité humaine. Si toute personne a un patrimoine, une personne déterminée n'a jamais qu'un patrimoine; il y a bien certains cas exceptionnels où, par fiction, on dédouble le patrimoine d'une personne, par exemple dans l'hypothèse d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire; mais ce n'est là qu'une fiction légale, temporaire, d'une application relative et d'une portée restreinte. Le patrimoine forme ce que l'on appelle une universalité de droit; c'est un contenant distinct de son contenu, actif et passif; le contenu est variable en qualité et en quantité; le patrimoine, lui, ne change jamais.

Le patrimoine se compose d'un actif et d'un passif : il ne comprend ni tous les droits, ni toutes les obligations d'une personne, mais seulement les droits et les obligations appréciables en argent. Une distinction s'impose, par suite, dans la série des droits divers qui appartiennent aux individus. Les droits d'une personne peuvent porter : 1° sur elle-même; 2° sur autre personne; 3° sur une chose.

1° Il y a, en premier lieu, des droits qui dérivent du fait même de l'existence d'une personne, qui tiennent à son individualité et intéressent sa liberté, son honneur, sa vie; ces droits ne produisent d'effets juridiques saisissables qu'à la suite d'une lésion provenant d'un délit ou d'un quasi-délit; la lésion du droit donne alors ouverture à une action tendant à la réparation du dommage causé.

2° Quant aux droits qui appartiennent à une personne sur une autre, ils sont de deux sortes : on trouve d'abord les droits de famille, les droits de puissance, attachés à l'autorité naturelle ou légale d'une personne sur une autre; leur étude a pris place dans le premier livre du code; on rencontre ensuite les droits de créance ou droits personnels, dont on donnera bientôt la définition;

3° Enfin les droits d'une personne sur une chose comprennent tous les droits réels.

Le patrimoine n'englobe que les droits de créance et les droits réels et non les autres, bien que tous présentent une utilité incontestable; mais il ne suffit pas d'une utilité quelconque, pour qu'un droit fasse partie intégrante du patrimoine, il faut qu'il procure directement et par lui-même un avantage appréciable en argent; le patrimoine, en d'autres termes, ne comprend que des *biens ;* or, ainsi qu'on le dira plus loin, il n'y a de *biens,* au sens juridique du mot, et d'après la terminologie du code, que les droits susceptibles de se ramener à l'idée d'une valeur pécuniaire. Les droits de créance et les droits réels se trouvent être ainsi les deux grands éléments du patrimoine. D'ailleurs cette distinction. qui tient à la nature même des droits, est fondamentale; on la retrouve dans toutes les législations.

§ II. *Définition du droit réel.*

3. Le droit *réel* est celui que nous avons directement et immédiatement sur une chose. C'est un droit dans la chose, *jus in re,* en vertu duquel, comme le dit Pothier, cette chose nous appartient *au moins à certains égards :* ce qui signifie que nous avons sur cette chose ou un droit de propriété, ou un démembrement de la propriété, tel qu'un droit d'usufruit, de servitude. La chose se trouve soumise directement à l'action et à la volonté d'une personne.

On ne trouve dans le droit réel que deux éléments :

1° Une personne, sujet actif du droit, titulaire du droit, par exemple le propriétaire dans le droit de propriété;

2° Une chose objet du droit.

Le droit réel établit un rapport direct entre le titulaire du droit et la chose soumise à son droit; il n'y a pas d'intermédiaire entre le titulaire du droit et la chose qui en est l'objet. C'est à cause de l'intimité qui existe entre le sujet actif du droit et son objet, *res,* que le droit lui-même est appelé réel *jus in re.*

On a quelquefois soutenu que le droit réel avait un sujet passif, la généralité des hommes, obligés de respecter un droit dont le caractère absolu est opposable à toute personne; mais il n'y a là qu'une sorte de mirage d'expressions; à la vérité, il n'existe pas d'obligation à la charge d'un tiers quelconque, de lien de droit entre lui et le titulaire du droit réel, et l'on ne saurait regarder par suite le premier venu comme le sujet passif d'un semblable droit.

Les droits réels sont parfois divisés en deux classes :

1° Droits réels *proprement dits,* se subdivisant en droits *principaux,* tels que le droit de propriété, d'usufruit, et droits *accessoires,* comme le gage et l'hypothèque. Les premiers ont une existence indépendante, *per se consistunt.* Les seconds ne peuvent se concevoir que rattachés à un autre droit, sans lequel ils ne sauraient subsister, à un droit de créance dans les deux exemples que nous venons de proposer, le gage et l'hypothèque.

2° Droits réels *improprement dits,* qui sont ceux relatifs à l'état des personnes. Exemple : les droits constitutifs de la nationalité, de la qualité d'enfant légitime ou naturel... Ces droits sont protégés par des actions analogues à celles qui protègent les droits réels proprement dits. On les appelait en droit romain, *actions préjudicielles.*

Cette classification des droits réels n'est pas très heureuse et mérite quelque critique : on réunit sous la même dénomination des droits différents de nature; les uns, en effet, ont pour objet une chose, constituent des biens véritables et forment un élément du patrimoine, tandis que les autres intéressent les personnes et restent en dehors du patrimoine, puisque par eux-mêmes ils ne se prêtent pas à une évaluation pécuniaire.

§ III. *Définition du droit personnel.*

4. Le droit *personnel* ou droit de créance a une nature plus compliquée. C'est le droit que nous avons contre une personne déterminée, et qui nous permet d'exiger d'elle soit l'accomplissement d'un fait, soit une abstention. Le droit personnel crée donc un rapport direct entre deux personnes; ce rapport, ce lien de droit *(vinculum juris)* constitue l'*obligation*, qui, au point de vue actif, prend le nom de *créance* et celui de *dette*, au point de vue passif.

L'analyse fait découvrir dans le droit personnel trois éléments; il est donc, ainsi que nous l'avons annoncé, plus compliqué que le droit réel, dans lequel on n'en rencontre que deux. Ces trois éléments sont :

1° Une personne, sujet actif du droit, que l'on appelle le *créancier, creditor*, par ce qu'il a eu confiance dans le débiteur, il a suivi sa foi, *credidit;* d'où le nom de droits de *créance* qu'on donne souvent aux droits personnels.

2° Une autre personne, sujet passif du droit, le débiteur, *debitor, is qui debet :* il est tenu de procurer au créancier le bénéfice du droit.

3° Enfin l'objet du droit, qui consiste en un fait positif, comme la prestation d'une chose ou en une abstention.

Si l'on peut appeler avec raison le droit réel *jus in re*, il est moins exact d'appliquer au droit personnel la dénomination, assez usuelle pourtant, de *jus ad rem;* avant de l'employer, il convient au moins d'en préciser le sens, pour éviter toute confusion; l'expression *jus ad rem* est d'un emploi correct si l'on veut dire que le droit de créance établit un lien direct entre deux personnes et non entre une personne et une chose; mais les mots *jus ad rem* laissent croire en outre que le droit personnel a pour objet une chose; or, une analyse rigoureuse démontre que l'objet précis ou véritable du droit de créance n'est jamais une chose, mais un fait ou une abstention; sans doute, quand le fait consiste dans la livraison d'une chose, on peut dire que le droit est un *jus ad rem*, puisque son résultat définitif sera la remise d'une chose entre les mains du créancier; on peut même, par un tour elliptique, dire que le droit

a pour objet une chose, mais il reste sous-entendu que l'objet « vrai » est le fait de remettre cette chose.

§ IV. *Comparaison du droit réel et du droit personnel.*

5. On voit qu'il existe dans le droit personnel, entre le titulaire du droit et l'objet du droit, un intermédiaire qui ne se rencontre pas dans le droit réel. Cet intermédiaire, c'est le débiteur. Aussi l'énoncé d'un droit personnel est-il plus compliqué que celui d'un droit réel. J'énoncerai clairement un droit réel en disant : Je suis propriétaire de telle chose; j'ai un droit d'usufruit ou un droit de servitude sur telle chose. Tandis que j'énoncerai d'une manière incomplète un droit personnel en disant : Je suis créancier de telle chose, de telle somme d'argent par exemple. Créancier de qui? Tout dépend de là. Ma créance sera excellente si le débiteur est d'une solvabilité à toute épreuve; elle représentera une non-valeur, si le débiteur est insolvable. Il faut donc nécessairement indiquer la personne du débiteur, dire par exemple : J'ai une créance de 1.000 fr. *contre Paul.*

6. Nous trouvons cette différence, entre l'énoncé du droit réel et celui du droit personnel, parfaitement soulignée dans l'*intentio* des diverses formules d'actions du droit romain. L'*intentio* de la formule d'une action réelle était ainsi conçue : *Si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse.* Bien différente était l'*intentio* de la formule d'une action personnelle : *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere.* Dans la première, on n'indique que le sujet actif du droit (demandeur) et la chose objet du droit. Dans la seconde, on voit figurer en outre le nom du sujet passif du droit (débiteur, défendeur). Celle-ci est conçue *in personam,* c'est-à-dire contre la personne déterminée, celle-là *in rem,* c'est-à-dire *generaliter :* d'où les dénominations d'actions *in personam,* actions *in rem* (1).

(1) Les commentateurs du droit romain ne sont pas tous d'accord sur le critérium exact des actions *in personam* et *in rem;* il en est beaucoup qui, au lieu de s'attacher à la rédaction même de la formule, préfèrent baser la distinction sur cette idée que dans l'action *in personam* on déduit en justice un droit de créance et, dans l'action *in rem,* un droit réel. Cpr. Accarias, *Précis de droit romain,* t. II, p. 799.

7. Bien d'autres différences existent entre le droit réel et le droit personnel.

1° Le droit réel a nécessairement pour objet une chose. Le droit personnel peut avoir pour objet soit la prestation d'une chose, soit un autre fait, soit une abstention.

2° Le droit réel suppose nécessairement une chose déterminée. Comment un droit *dans la chose, jus in re,* pourrait-il exister sur une chose indéterminée ? Au contraire le droit personnel peut s'appliquer à une chose indéterminée. Ainsi je vous vends 20 hectares de terre à prendre dans mon domaine de N. qui en contient 500 ; vous ne deviendrez propriétaire que lorsque le terrain qui doit vous être livré en exécution de la vente aura été désigné d'un commun accord. Jusque là vous n'aurez contre moi qu'un droit personnel, *jus ad rem,* à l'effet de me forcer à exécuter mon obligation. Pour pouvoir s'affirmer propriétaire, il faut nécessairement pouvoir dire : Voilà ce qui est à moi, *aïo hanc rem esse meam ;* or cela est impossible s'il s'agit d'une chose indéterminée.

3° Le droit réel est *absolu,* il existe *erga omnes.* L'action qu'il engendre (action *réelle*) peut s'exercer *contre le premier venu.* Toute personne, quelle qu'elle soit, qui mettra obstacle à l'exercice du droit, sera passible de cette action, sans qu'il soit possible de dire à l'avance quelle sera cette personne ; l'adversaire futur est donc indéterminé. Au contraire le droit personnel est *relatif.* L'action qu'il engendre (action *personnelle*) ne pourra s'exercer, le cas échéant, que contre une personne déterminée et connue à l'avance, le sujet passif du droit, le débiteur ou ses représentants.

Pour bien comprendre cette différence, il faut savoir que tout droit, soit personnel, soit réel, a pour sanction une action en justice. L'action est le moyen accordé par la loi pour faire reconnaître judiciairement le droit quand il est contesté et en obtenir l'exécution : c'est le droit de poursuivre en justice ce qui nous appartient (action réelle) ou ce qui nous est dû (action personnelle). A bien prendre, l'action se confond avec le droit d'où elle dérive : c'est le droit lui-même à l'état de lutte, à l'état de guerre, le droit exercé en justice. Eh bien ! la différence que nous venons de signaler se réduit à ceci : par l'ac-

tion *réelle,* qui sert de sanction au droit réel, on poursuit directement la chose même objet du droit, *res non persona convenitur.* C'est la chose elle-même qui devrait être traduite en justice si elle pouvait comparaître et se défendre, et c'est uniquement parce qu'elle ne le peut pas qu'on traduit une personne à sa place. Quelle personne? Le premier venu, celui, quel qu'il soit, qui, étant en contact avec la chose, empêche l'exercice du droit; on l'assignera en justice pour l'écarter comme on écarte un obstacle. Autre est l'action personnelle: celui contre qui elle sera intentée, s'il y a lieu, est connu et désigné à l'avance; ce sera le débiteur ou son représentant.

En un mot, l'action *personnelle* est accordée *in personam,* c'est-à-dire contre une personne déterminée qui se trouve spécialement obligée envers le titulaire du droit. L'action réelle est donnée *in rem,* c'est-à-dire *generaliter :* elle peut atteindre sans distinction toute personne quelle qu'elle soit qui met obstacle à l'exercice du droit, parce que tous d'une manière générale sont tenus de le respecter; il existe *adversus omnes.*

4° Le droit réel affecte la chose elle-même et se trouve par conséquent opposable en principe à tous ceux qui acquerront ultérieurement sur la chose des droits réels de même nature ou de nature différente : ils seront obligés de respecter le droit qui s'était imprimé sur la chose à l'époque où ils sont entrés eux-mêmes en contact avec elle; la chose ne peut plus s'offrir à eux que sous la réserve des droits réels dont elle est grevée. Ainsi, propriétaire d'un immeuble, je le grève d'un droit d'usufruit au profit de Paul, puis je le vends à Pierre. Ce dernier devra respecter le droit d'usufruit antérieurement concédé à Paul (1). Au contraire, le droit personnel n'empêche pas celui qui s'est obligé de s'obliger encore de la même manière et avec la même étendue envers d'autres et, si la somme des obligations qu'une même personne a contractées excède la valeur de ses biens, les créanciers dont les droits sont plus anciens n'auront pas en principe de préférence sur ceux dont les droits sont plus récents (art. 2092

(1) Sauf toutefois la question de transcription.

et 2093). La raison en est que tous les créanciers ont acquis un droit de même nature contre la personne de leur débiteur et cette personne répond de la même manière envers les uns et les autres. Si donc le débiteur ne peut faire face à tous ses engagements, tous ses créanciers partageront le même sort : on répartira entre eux le prix des biens du débiteur commun au marc le franc de leurs créances respectives, c'est-à-dire proportionnellement au montant de ces créances.

En un mot, le droit réel emporte avec lui le droit *de préférence*. Celui qui acquiert un droit réel sur une chose sera préféré (pourvu qu'il se conforme aux prescriptions de la loi pour la conservation de son droit) à tous autres qui acquerront sur la chose d'autres droits réels de même nature ou de nature différente. Le droit personnel au contraire n'emporte pas le droit de préférence. Le premier créancier ne sera pas préféré à ceux qui viendront après, à moins bien entendu qu'il n'ait une cause légitime de préférence, privilège ou hypothèque (art. 2094) ; mais alors précisément le droit personnel est doublé d'un droit réel et c'est le droit réel (privilège ou hypothèque) qui entraîne la préférence.

Le droit réel qui entraîne le droit de préférence, est en outre armé du droit *de suite*, en vertu duquel le titulaire du droit peut poursuivre entre les mains du détenteur, quel qu'il soit, la chose objet de son droit, en vue de parvenir à exercer ce droit. En matière mobilière, toutefois, le droit de suite n'est admis qu'exceptionnellement. V. art. 2279. Au contraire, le droit personnel n'entraîne jamais le droit de suite.

8. Quelquefois, l'expression *droit personnel* est employée dans un sens tout différent de celui qui vient d'être indiqué : on s'en sert pour désigner soit un droit qui meurt avec le titulaire et qui est par suite intransmissible à ses héritiers, comme le droit d'usufruit, soit un droit exclusivement attaché à la personne du titulaire, c'est-à-dire un droit qui n'est pas susceptible d'être exercé par ses créanciers agissant de son chef en vertu de l'art. 1166, comme le droit à une pension alimentaire, le droit de demander le divorce ou la séparation de corps, etc.

9. A proprement parler, il n'y a de biens que les droits

que nous pouvons avoir sur les choses, soit immédiatement, ce qui est le cas du droit réel, *jus in re*, soit médiatement, ce qui est le cas du droit personnel (*supra*, n. 2). Les choses nous apparaissent donc comme étant les objets directs ou indirects des droits ou biens et non comme étant les biens eux-mêmes. Cette distinction a été nettement établie par le législateur pour tous les droits autres que le droit de propriété (V. art. 526); mais, en ce qui concerne ce dernier, il paraît l'avoir confondu, d'après une tradition bien des fois séculaire, puisqu'elle remonte jusqu'au droit romain, avec la chose même sur laquelle ce droit porte et il a été ainsi conduit à considérer les choses comme les biens, en tant qu'elles sont l'objet d'un droit de propriété. C'est ce qui résulte des art. 517 s. et 528 qui considèrent comme des *biens* toutes les choses immobilières ou mobilières sur lesquelles nous avons un droit de propriété. Cette confusion trouve son excuse, sinon sa justification, dans cette considération que le droit de propriété, étant le droit le plus complet qu'on puisse avoir sur une chose, puisque c'est un droit absolu et exclusif, peut paraître s'identifier avec la chose elle-même. On a été ainsi conduit à dire *brevitatis causa :* cette chose est à moi, c'est mon bien, au lieu de dire : j'ai un bien consistant en un droit de propriété sur telle chose.

Le législateur ayant ainsi identifié le droit de propriété avec la chose sur laquelle il porte, et cette chose étant corporelle, il en résulte qu'il a considéré le droit de propriété comme un droit corporel : ce qui, pour être renouvelé de chez les Romains, n'en est pas moins un non-sens.

DE

LA DISTINCTION DES BIENS

10. Définition des biens. — On désigne, dans le langage traditionnel, sous le nom de *biens,* toutes les choses qui, pouvant procurer à l'homme une certaine utilité, sont susceptibles d'appropriation privée.

Le mot *bien* paraît être dérivé du latin *bonum* qui signifie *bonheur, bien-être. Bona dicuntur ex eo quod beant, hoc est beatos faciunt ; beare est prodesse*, dit la loi 49 D. *De V. S.* Il est certain en effet que, si la fortune ne suffit pas à assurer le bonheur, elle y contribue du moins dans une large mesure.

L'ensemble des biens constitue le *patrimoine.*

Il ne faut pas confondre les biens avec les choses : ils s'en distinguent comme l'espèce se distingue du genre. Tous les biens en effet sont des choses ; mais toutes les choses ne sont pas des biens. On désigne sous le nom de *chose* tout ce qui existe dans la nature. Parmi les choses, il n'y a que celles susceptibles d'appropriation qui soient des biens. Ainsi le soleil, l'air, la mer, sont des choses, et des choses indispensables à l'homme ; mais ce ne sont pas des biens, parce que nul n'en peut devenir propriétaire exclusif.

Le mot *choses* a donc une acception beaucoup plus étendue que le mot *biens*. Les choses n'ont d'intérêt aux yeux des jurisconsultes qu'en raison des droits dont elles peuvent être l'objet. Ces droits représentent pour le titulaire une *utilité* économique, une valeur, et c'est précisément cette utilité, cette valeur qui constituent le bien. Ce terme n'exprime, en dernière analyse, qu'une abstraction et désigne moins la chose ou le droit que le résultat utilitaire du droit, l'idée de valeur

qu'il représente. On sait déjà que tous les droits ne sauraient être envisagés comme des biens et qu'on doit exclure du patrimoine et du domaine des biens les droits de puissance, les droits inhérents à la personne, tous ceux dont les avantages ne sont pas estimables en argent.

11. Fondement rationnel d'une distinction des biens. — Le sens du mot « biens », même ainsi restreint et limité, a encore une compréhension très large. Les biens sont trop nombreux et trop variés pour qu'on puisse appliquer à tous les mêmes règles. La nécessité s'impose, par suite, de les classer, de fixer certaines catégories, d'opérer des *distinctions*. Le procédé méthodique du classement devrait être un groupement arithmétique des biens, d'après le chiffre qui représente leur valeur, puisque le bien se résume dans l'idée d'utilité pécuniaire.

Une somme d'argent, telle est la commune mesure des biens; on devrait donc mettre dans la même classe et assujettir aux mêmes règles les biens compris entre deux sommes déterminées. Ce procédé n'est pas inconnu du législateur : ainsi la preuve par témoins n'est admise *de plano* que si la demande n'est pas supérieure à 150 francs; les règles de compétence sont souvent fixées aussi d'après le chiffre de la demande (1).

Pourtant ce n'est pas le procédé général de classement adopté par le code; il présente, du reste, des difficultés pratiques dans son application; la valeur des biens n'apparaît pas toujours nettement exprimée par une somme d'argent; elle est numériquement incertaine. Le code, entraîné d'ailleurs par la tradition historique, s'est arrêté à une autre méthode moins logique, forcément moins exacte, plus artificielle, mais aussi d'une pratique plus facile. On a pensé que la valeur respective des biens pouvait être appréciée d'après leur caractère mobilier ou immobilier.

12. Évolution historique. — En droit romain, on avait commencé par adopter un autre critérium pratique. Les juriscon-

(1) V. également la loi du 27 février 1880 sur les pouvoirs du tuteur à l'égard des meubles incorporels, la loi du 4 mars 1889 (art. 7) sur la liquidation judiciaire, etc.

sultes romains, après avoir séparé les *res extra commercium* et les *res in commercio,* établissaient pour ces dernières une division fondamentale en *res mancipi* et *res nec mancipi.* On avait placé dans la première catégorie les choses qui, aux yeux des Romains, avaient le plus de valeur, celles qui présentaient une utilité agricole : puis on avait rejeté dans la seconde classe toutes celles qui n'avaient pas paru dignes de figurer dans la première. Mais cette distinction ne tarda pas à être contredite par les faits ; la transformation de la richesse fit apparaître des biens précieux dans la catégorie des *res nec mancipi* et l'on dut abandonner la division considérée d'abord comme fondamentale. Dès lors, la division des biens en meubles et en immeubles, qui n'avait occupé, au début, qu'une place secondaire, qui n'était qu'une sous-division des choses corporelles, gagna en importance tout ce que perdait la division des *res mancipi* et *nec mancipi.* Le caractère immobilier devint l'indice nouveau qui permit de reconnaître les biens les plus précieux, à cause de leur fixité et de leur stabilité.

13. Toutefois la division des biens en meubles et en immeubles n'eut jamais en droit romain toute l'importance qu'on lui donna dans notre ancien droit. C'est en effet dans le droit de la France coutumière que l'on vit croître et grandir jusqu'à l'exagération la prédominance de la terre, de l'immeuble, des biens immobiliers et, cela, grâce à deux idées capitales sur lesquelles reposait la société dans l'ancien droit : l'idée féodale d'un certain ordre hiérarchique entre les personnes et les terres ; l'idée coutumière de la conservation des biens dans les familles. La théorie des fiefs d'une part, et celle des propres, d'autre part, ont en effet assuré le premier rang à la distinction des biens en meubles et en immeubles (1). On en était arrivé à considérer que les immeubles seuls procuraient une utilité sérieuse, avaient une valeur notoire. On eut soin, d'ailleurs, de tenir en quelque sorte au courant des transformations économiques la distinction capitale que l'on avait établie.

(1) V. Léon Michel, *De l'aliénation des meubles,* thèse de doctorat. Paris, 1876, p. 175. Cf. Jacques, *Histoire de la distinction des biens en meubles et en immeubles.*

En droit romain, on n'avait pas jugé utile d'étendre la liste primitivement fixée des *res mancipi;* aussi cette classification des biens d'après leur valeur respective était devenue contraire à la réalité, la catégorie des *res nec mancipi* n'ayant pas tardé à renfermer des choses de valeur égale ou supérieure à celles de la première classe.

Le droit coutumier sut au contraire maintenir l'exactitude dans la distinction des biens meubles et immeubles, laquelle avait un fondement analogue à celle des *res mancipi* et *nec mancipi.* La classe des biens immobiliers comprit toujours, à l'exclusion des meubles, tous les biens d'une valeur supérieure, parce qu'on eut la précaution d'y faire rentrer les droits nouvellement apparus, dès qu'ils prenaient quelque importance. On créa, à côté des immeubles véritables, ce qu'on appelait des immeubles *fictifs* ou « réputés tels », comme les rentes et les offices.

Ainsi, pour opérer la distinction des meubles et des immeubles dans l'ancien droit, on envisageait plutôt la valeur économique des biens que la nature juridique et le caractère véritable des droits. Il y avait deux catégories de biens : les uns, d'une valeur très grande, très marquée, élément prépondérant des fortunes, partie solide et fixe du patrimoine, formaient la classe des immeubles ; les autres, d'une valeur moindre, peu nombreux d'ailleurs, entrant dans une proportion insignifiante dans la composition des fortunes, partie mobile et variable du patrimoine, étaient rejetés dans la classe des meubles. Les auteurs avaient traduit ce résultat dans une formule qui exprimait avec énergie le mépris dans lequel on tenait la propriété mobilière : *mobilium vilis est et abjecta possessio.* Le dédain ressenti pour les meubles, la suprématie accordée aux biens immobiliers ressortent, d'ailleurs, avec netteté des intérêts nombreux attachés à cette distinction.

14. Dans l'ancien droit, la distinction en meubles et en immeubles, fondée sur la valeur véritable des biens, se trouvait donc exacte et méritait la place prépondérante qu'elle occupait. Mais aujourd'hui la base même sur laquelle repose cette classification n'a pas la même solidité et il ne convient plus de considérer comme insignifiante la partie mobilière

des patrimoines. L'erreur du code était toutefois moins accentuée à l'époque de sa rédaction; sans doute le législateur de 1804 avait modifié le principe général de la distinction et c'était à la nature des biens que l'on s'attachait désormais plutôt qu'à leur valeur pour opérer la séparation des meubles et des immeubles. C'est ainsi que les art. 529 et 530 transportaient dans la catégorie des meubles les rentes foncières et constituées, droits qui étaient auparavant réputés immobiliers. Mais à cette transformation théorique allait s'ajouter le revirement économique du siècle. Si, en 1804, on connaissait déjà les actions industrielles, les rentes sur l'Etat, on pouvait encore à cette époque les considérer comme des valeurs incapables de soutenir une comparaison avec la propriété territoriale. L'évolution économique et sociale qui se poursuit a bien modifié l'état de choses et la statistique a permis de démontrer que si la propriété foncière a triplé de valeur de 1820 à 1873, le capital mobilier s'est décuplé pendant le même espace de temps. La valeur des meubles est aujourd'hui au moins égale sinon supérieure à celle des immeubles et la distinction du code, qui reposait sur la supériorité des immeubles, est devenue inexacte, de même qu'à Rome les *res nec mancipi* avaient fini par conquérir la supériorité sur les *res mancipi*. Aussi est-on d'accord pour souhaiter de voir apporter des corrections aux dispositions du code, dédaigneuses de la richesse mobilière. Quelques réformes ont déjà été tentées : c'est ainsi qu'un décret du 16 janvier 1808 est venu autoriser, sous des conditions déterminées, l'immobilisation des actions de la Banque de France ; un décret du 16 mars 1810 a édicté une disposition analogue pour les canaux d'Orléans et du Loing ; la loi du 2 juillet 1862 permet de faire emploi des deniers du mineur en rentes sur l'Etat ; la loi des finances du 16 septembre 1871 a posé en termes généraux le principe de l'équivalence des rentes sur l'Etat et des immeubles pour les remplois à effectuer ; la loi de 1880 a protégé la fortune des mineurs en réglementant l'aliénation des valeurs mobilières par le tuteur. Il est à désirer que d'autres réformes viennent compléter les lacunes et corriger les imperfections qui subsistent encore.

15. Quoi qu'il en soit, la distinction des biens en meubles et en immeubles est toujours la distinction principale reposant sur cette idée exacte autrefois, fausse aujourd'hui, que la valeur respective des biens s'apprécie d'après leur caractère immobilier ou mobilier. Mais comment comprendre qu'un « bien » puisse être mobilier ou immobilier? Le bien désigne une entité juridique; c'est une abstraction, le bien représentant une idée de valeur; une idée, une abstraction ne sont ni meubles ni immeubles. La distinction ne se conçoit qu'à l'égard des choses physiques et matérielles; cependant, si l'on veut bien remarquer que ces choses doivent, au point de vue juridique, être envisagées seulement en considération des droits qui peuvent naître à leur égard, on comprendra que les droits eux-mêmes, empruntant la nature mobilière ou immobilière de leurs objets, se trouvent ainsi classés en meubles et en immeubles. Par une première fiction le droit, idée abstraite, est mobilier ou immobilier, suivant que l'objet direct ou indirect de ce droit a été considéré par la loi comme meuble ou comme immeuble. Il n'y a plus dès lors qu'un pas à faire et qu'une seconde fiction à introduire pour étendre cette distinction aux biens : ceux-ci, qui représentent la valeur utilitaire des droits, emprunteront à ces derniers leur caractère fictif de meuble ou d'immeuble et les biens seront mobiliers ou immobiliers suivant la nature des droits correspondants. C'est par ce procédé indirect et détourné que l'on arrive à concevoir la distinction générale des « biens » prévue par l'art. 516 (C. civ.).

16. Des diverses distinctions des biens. — Notre loi ne formule qu'une seule distinction des biens, qui est indiquée par l'art. 516, ainsi conçu : « *Tous les biens sont meubles ou immeubles* ». Mais de nombreuses dispositions du code civil supposent d'autres divisions des biens. Voici les principales :

1° *Biens corporels, biens incorporels.* — Les biens *corporels* sont ceux qui peuvent tomber sous nos sens, et principalement sous celui du toucher, *quæ tangi possunt,* comme une maison, un vêtement, des denrées. Les biens *incorporels* sont ceux qui ne peuvent pas tomber sous nos sens, *quæ tangi non possunt :* nous ne pouvons les toucher qu'avec notre intelligence, *solo juris intellectu consistunt.* Tous les droits sont des

choses incorporelles : par exemple le droit d'usufruit, le droit de servitude. Sans doute l'objet du droit peut être corporel, et il l'est le plus souvent : ainsi le droit de servitude portera sur un fonds de terre ou sur un bâtiment, par conséquent sur une chose corporelle; mais le droit lui-même est incorporel.

Rationnellement cette règle s'applique au droit de propriété comme à tous les autres droits; mais nous savons que le législateur, identifiant la chose, objet du droit de propriété avec le droit de propriété lui-même, paraît considérer ce droit comme étant corporel.

En réalité, sous la distinction des choses corporelles et des choses incorporelles, se cache aujourd'hui, comme dans le droit romain, la distinction du droit de propriété et des autres droits; lorsqu'on la soumet à une critique sérieuse, on est contraint de reconnaître que cette division des biens ne présente aucune base vraiment juridique.

La distinction des biens en corporels et incorporels présente notamment de l'importance au point de vue de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279), qui n'est applicable qu'aux meubles corporels.

17. 2° *Biens consomptibles et biens non consomptibles.* — Parmi les biens corporels, il y en a qui se consomment par le premier usage que l'on en fait *(quorum usus in abusu consistit)*, soit naturellement, comme les vins, les grains, l'huile, les liqueurs et toutes les choses de consommation, soit civilement, comme l'argent monnayé. Ces biens sont dits *consomptibles*. On leur oppose les biens *non consomptibles*, qui résistent à un usage plus ou moins prolongé, comme une maison, un vêtement... Cette distinction présente surtout de l'importance au point de vue de l'usufruit : les biens qui ne se consomment pas par le premier usage sont d'ordinaire l'objet d'un droit d'usufruit proprement dit.

18. 3° *Biens fongibles, biens non fongibles.* — Les choses *fongibles* sont celles qui, d'après l'intention des parties, peuvent être exactement et identiquement remplacées par d'autres semblables, *quarum una alterius vice* FUNGITUR (d'où le mot *fongibles*) : dans la pensée des parties, l'une de ces choses vaut l'autre. — Les choses *non fongibles*, au contraire,

sont celles qui, d'après l'intention des parties, sont considérées en elles-mêmes et ne sauraient être remplacées par d'autres de même nature.

C'est donc l'intention des parties qui fait la fongibilité ou la non fongibilité; de sorte qu'une même chose peut, suivant les circonstances, c'est-à-dire suivant la volonté des parties, être tantôt fongible, tantôt non fongible. Ainsi je prête mon code à un ami, sur sa demande. Ici, le livre prêté sera chose non fongible, notre intention commune ayant été que la restitution se fît en nature, *in specie,* et non par équipollent. C'est donc le code que j'ai prêté qui devra m'être restitué, le même exemplaire et non un autre à la place; je puis avoir des motifs pour y tenir, par exemple parce que je l'ai annoté. Nous sommes dans l'hypothèse du prêt à usage qu'on peut définir : le prêt ayant pour objet une chose non fongible. Cpr. art. 1875. Au contraire, voici un libraire qui, n'ayant pas en magasin le livre qu'un client lui demande, en emprunte un exemplaire à un confrère pour ne pas manquer la vente. Cette fois, le livre prêté sera chose fongible : l'emprunteur devra restituer un exemplaire semblable à celui qu'il a reçu, non le même exemplaire: car telle a été évidemment l'intention commune des parties, révélée par les circonstances dans lesquelles a été fait l'emprunt. Nous sommes dans l'hypothèse du prêt de consommation, qui n'est autre que le prêt d'une chose fongible. Cpr. art. 1892. De même si je vous prête quatre pièces de 5 francs pour jouer au bouchon, c'est un prêt à usage; si je vous prête les mêmes pièces pour payer une dette criarde, c'est un prêt de consommation.

La fongibilité ou la non fongibilité, résultant de l'intention des parties, il devient fort important de connaître cette intention. Comment y parviendra-t-on? Quand les parties se seront expliquées, il n'y aura pas de difficulté. Si elles ont gardé le silence, leur intention sera révélée par les circonstances de la cause. La plus significative entre toutes consiste dans la nature même de la chose objet du contrat. Presque toujours les parties auront considéré cette chose comme fongible, lorsqu'elle sera de celles qui se consomment par le premier usage. Presque toujours, au contraire, elles l'auront consi-

dérée comme non fongible, si elle n'est pas susceptible de se consommer par le premier usage. C'est pour cela qu'on est tenté de confondre la distinction des choses fongibles et non fongibles avec celle des choses consomptibles et non consomptibles. Mais il faut se mettre en garde contre cette tendance. C'est la *nature de la chose* qui fait qu'elle se consomme ou ne se consomme pas par le premier usage; tandis que c'est l'*intention des parties* qui fait la fongibilité ou la non fongibilité, et la nature de la chose n'est qu'une des circonstances qui peuvent faire découvrir cette intention. Il peut donc arriver que la volonté des parties rende fongible une chose qui ne se consomme pas par le premier usage, comme dans l'exemple du libraire cité tout à l'heure; et, en sens inverse, la volonté des parties peut rendre non fongible une chose consomptible, comme si je prête à un changeur des pièces de 100 francs en or, qui sont devenues rares, pour qu'il les mette en montre aux yeux des passants, *ad pompam et ostentationem*, avec charge de me les restituer *in specie* au bout d'un certain temps.

19. 4° *Choses principales et choses accessoires.* — Les premières ont une existence propre et indépendante; exemple : un fonds de terre. Les secondes sont considérées comme une partie subordonnée de la chose principale. Il en est ainsi notamment des fruits pendants par branches ou par racines : ils sont accessoires par rapport au fonds qui leur donne la vie. Ordinairement l'accessoire suit le sort du principal. *Accessorium sequitur principale.*

20. 5° *Biens considérés comme objets particuliers (singulæ res)* exemple : une maison, et *biens considérés comme universalité (universæ res, universitas)*, par exemple une hérédité.

21. Intérêt de la distinction des biens en meubles et en immeubles. — Revenons à la distinction du code civil. « *Tous les biens sont meubles ou immeubles* », dit l'art. 516. Les biens immeubles sont ceux qui sont voués à l'immobilité comme un fonds de terre. Les biens meubles sont ceux qui peuvent être transportés d'un lieu dans un autre, par exemple une table, un billard. Telle est du moins l'idée la plus générale qu'on puisse donner du sens de cette distinction; car nous verrons que la loi attribue le caractère d'immeubles à des biens sus-

ceptibles d'être transportés et que, d'autre part, elle attribue le caractère soit de meubles, soit d'immeubles à des biens qui sembleraient devoir échapper à notre distinction parce qu'ils sont incorporels.

Du reste, la nature mobilière ou immobilière des biens est déterminée par la loi; la volonté des parties ne peut pas changer cette nature, contrairement aux dispositions de la loi (1). Il convient toutefois de remarquer que dans un contrat les parties peuvent envisager une chose dans son état futur et la traiter comme meuble en prévision d'un événement qui doit mettre fin à l'immobilisation actuelle (v. *infra* n. 49).

La distinction des biens en meubles et en immeubles domine tout notre droit; on peut la considérer comme étant la *summa divisio rerum*. Elle présente particulièrement de l'importance sous les points de vue suivants :

1° Aux termes de l'art. 3 al. 2 : « Les immeubles, même ceux » possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». On a vu (2), qu'il n'en est pas toujours ainsi des meubles.

2° Les immeubles sont susceptibles d'hypothèques; les meubles n'en sont pas susceptibles (art. 2118 et 2119), sauf l'exception introduite par une loi récente relativement aux navires.

3° La saisie des meubles entraîne moins de complications, moins de lenteur et moins de frais que la saisie des immeubles.

4° Quant un testateur a légué ses meubles à l'un et ses immeubles à l'autre, il est nécessaire de savoir quels biens sont meubles et quels autres immeubles, pour déterminer les droits de chaque légataire.

5° Le tribunal compétent pour connaître d'une contestation varie suivant que l'on est en matière mobilière ou en matière immobilière. En matière mobilière, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur; en matière immobilière, c'est au contraire le tribunal de la situation de l'immeuble litigieux (C. pr., art. 59).

6° Les ventes d'immeubles sont rescindables pour cause

(1) Besançon, 13 avril 1892, D., 92. 2. 551.

(2) V. *Traité des personnes*, I, n. 212 s. — La distinction des meubles et des immeubles a donc une très grande importance au point de vue du droit international privé.

de lésion de plus de sept douzièmes au préjudice du vendeur (art. 1674). Cette cause de rescision n'est pas applicable aux ventes de meubles.

7° Les meubles tombent dans la communauté qui s'établit entre époux (art. 1401-1°). Les immeubles, au contraire, en sont exclus en principe (art. 1404).

8° La propriété des immeubles ne se transmet pas à l'égard des tiers de la même manière que celle des meubles. V. art. 939, 1141 C. civ. et loi du 23 mars 1855, art. 3.

9° Les règles de la prescription ne sont pas les mêmes pour les meubles et pour les immeubles. En général, la prescription des meubles corporels s'accomplit instantanément (art. 2279), tandis que la loi exige toujours un délai plus ou moins long pour la prescription des immeubles (art. 2262 et 2265).

10° Les droits fiscaux auxquels donne lieu l'aliénation des meubles sont moins élevés que ceux qu'entraîne l'aliénation des immeubles.

CHAPITRE PREMIER

DES IMMEUBLES

22. Aux termes de l'art. 517 : « *Les biens sont immeubles* » *ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet* » *auquel ils s'appliquent* ». A ces trois classes d'immeubles, il y a lieu d'en ajouter une quatrième : les immeubles par la détermination de la loi.

SECTION PREMIÈRE

DES IMMEUBLES PAR LEUR NATURE

23. L'énumération des immeubles par leur nature est contenue dans les art. 518, 519, 520, 521 et 523. Elle comprend : 1° les fonds de terre ; 2° les bâtiments ; 3° les moulins fixés sur piliers ou faisant partie d'un bâtiment ; 4° les récoltes pendantes par branches ou par racines et les semences confiées au sol ; 5° les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage.

Si on prenait le mot « immeuble » dans son sens précis, étymologique, on ne devrait comprendre sous cette expression que les choses qui ne peuvent être transportées d'un lieu à un autre, *quæ non moveri possunt*. On ne trouverait alors d'autres immeubles que le sol, les fonds de terre, à la condition encore de remarquer que les éléments qui entrent dans la composition du sol, l'eau, la terre, le sable, peuvent être enlevés et déplacés. Ce qui est immeuble dans le sol, c'est la surface géométrique, ou si l'on veut, son volume d'ensemble; le sol ne saurait être déplacé tel qu'il est, ni même par parcelles, pour être reconstitué ailleurs en demeurant identique. Mais dans la distinction juridique des meubles et des immeubles, on ne pouvait s'arrêter aux termes étroits d'une définition étymologique et l'on a ajouté à la liste des immeubles tous les objets intimement liés à la terre, à raison de leur adhérence et de leur incorporation au sol; ils empruntent ainsi au sol qui les retient son caractère immobilier. On pourrait donc établir comme une sous-distinction dans la liste dressée par les art. 516, 519, 528, 521 et 523, mettre, d'un côté, les fonds de terre, véritables immeubles par nature; et, de l'autre, les bâtiments, moulins, récoltes, tuyaux, qui sont des « *immeubles par incorporation* ».

§ I. *Fonds de terre.*

24. « *Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature* », dit l'art. 518. L'expression *fonds de terre* comprend ce que nos anciens désignaient sous la dénomination de *fonds et tréfonds*. Le fonds, c'est le dessus, c'est-à-dire la surface du sol sans construction (les constructions constituent la *superficie*); le tréfonds, c'est le dessous, c'est-à-dire l'intérieur du sol avec ses divers éléments, sable, pierre, argile, minerais...

Les mines font donc partie du fonds qui les recèle et appartiennent, par suite, au propriétaire de ce fonds. Toutefois, il résulte de la loi du 21 avril 1810 que, lorsqu'une mine est concédée, elle forme une propriété immobilière distincte du fonds où elle se trouve. A ce titre, elle peut être cédée sépa-

rément du fonds, et grevée d'hypothèque distincte. V. les art. 6 à 8 de la loi précitée.

Les fonds de terre restent immeubles, quels que soient leur utilité, leur mode de culture ou d'exploitation (1). Mais les éléments constitutifs du sol ne sont immeubles qu'envisagés dans leur ensemble, comme formant un tout; séparés, détachés et pris isolément, ils deviennent meubles (2), aussi bien que les objets qui rentrent dans la classe des immeubles par destination. L'immobilisation cesse d'une façon complète et absolue par l'extraction, la séparation ; les pierres extraites d'une carrière, le charbon de la mine sont des meubles.

§ II. *Bâtiments.*

A. *Cause et condition de l'immobilisation.*

25. Les matériaux avec lesquels on construit les bâtiments sont, au moment où on les emploie, chose essentiellement mobilière. Ils deviennent immeubles au fur et à mesure de leur incorporation dans un édifice. Car l'édifice qu'ils constituent est lui-même immeuble, comme partie intégrante du sol, dont on ne peut plus le séparer sans le détruire, ou tout au moins en qualité d'accessoire du sol. *Omne quod solo inædificatur solo cedit,* dit la loi romaine. Par où l'on voit que les bâtiments sont immeubles par incorporation ou accession plutôt que par nature : il n'y a de tel, à proprement parler, que les fonds de terre suivant une remarque déjà faite (*supra,* n. 23).

26. Il importe d'être bien fixé sur le principe même de l'immobilisation qui a sa cause nécessaire mais suffisante dans l'adhérence physique des objets au sol, dans leur *incorporation.* Ce principe, en effet, permet seul de résoudre convenablement les difficultés que soulève l'application de la loi. Celle-ci n'a pas défini le bâtiment ; mais, étant donné le principe même qui régit l'art. 518, cette dénomination comprend

(1) Cpr. Demolombe, *Cours de code civil,* IX, n. 100; Laurent, *Principes de droit civil français,* V, n. 406; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* II p. 5, § 164.

(2) Demolombe, IX, n. 109.

certainement toutes les constructions adhérant au sol par fondements ou par pilotis, toutes celles qui, incorporées au sol. peuvent être considérées comme partie intégrante du fonds, peu importe qu'elles soient intérieures ou extérieures. Ainsi, non seulement les maisons d'habitation, granges, magasins, sont immeubles par nature, mais aussi les bâtiments, puits, galeries et autres travaux nécessités par l'exploitation d'une mine ; malgré le texte de l'art. 8 de la loi du 21 avril 1810 qui semble les ranger dans la catégorie des immeubles par destination, ces choses appartiennent à la classe des immeubles par nature, à raison de leur incorporation au sol; la disposition de l'art. 8 précité n'est exacte qu'à l'égard des machines, le plus souvent immeubles par destination, et aussi à l'égard des travaux de boisement dans les galeries, quand ils ne répondent pas aux conditions d'incorporation requises pour l'application de l'art. 518. Il faut, en tout cas, en effet qu'il y ait incorporation : si la construction ne présentait pas cette condition d'adhérence physique, si l'on était en présence de bâtiments placés sur le sol sans fondements ni pilotis, avec un caractère évidemment provisoire, on ne devrait pas les traiter comme immeubles. C'est ainsi que les boutiques, les baraques faites en temps de foire, les cabines destinées aux baigneurs ne sont pas immeubles (1). Cette solution est confirmée encore par les dispositions du code de procédure civile sur la saisie foraine qui est une saisie mobilière (2).

27. Il importe peu d'ailleurs que les constructions non incorporées aient été élevées par le propriétaire sur son propre terrain : la volonté du propriétaire du sol ne suffira pas à créer des immeubles par nature, elle n'est prise en considération que pour l'application des règles relatives aux im-

(1) *Sic* Aubry et Rau, II, p. 5 s., § 164; Demolombe, IX, n. 105; Laurent, V, n. 411. — Lyon, 14 janvier 1832, S., 33. 2. 176.

(2) Un gazomètre, dont la cuve est reliée aux bâtiments de l'usine et aux tuyaux de distribution du gaz forme, avec le reste de l'installation, un tout indivisible et a le caractère d'une construction immobilière; en conséquence, lorsque le tarif d'octroi d'une ville assujettit aux droits « les fers, fontes et aciers de toute nature destinés aux constructions immobilières », les matériaux utilisés pour la construction du gazomètre doivent supporter les taxes d'octroi : Cass., 20 juillet 1902. D., 1902. 1. 492.

meubles par destination. En revanche la même volonté est impuissante à détruire le caractère immobilier d'une construction réellement incorporée au sol ; en d'autres termes, la condition d'incorporation est nécessaire, mais elle est aussi suffisante pour produire l'immobilisation ; il n'est pas besoin notamment, pour qu'un bâtiment soit immeuble, qu'il ait été incorporé au sol à perpétuelle demeure. Des constructions sur fondements ou sur pilotis, bien que faites pour un temps limité, par exemple pour la durée d'une exposition, n'en seraient pas moins immeubles. C'est du moins ce que l'on peut induire de l'art. 519, qui déclare les plantations immeubles, bien que leur incorporation au sol soit, par la nature même des choses, essentiellement temporaire.

La jurisprudence avait, pendant quelque temps, manifesté une tendance à exiger le caractère de perpétuelle demeure et elle en tirait une conséquence importante à l'égard des constructions élevées par un tiers sur un terrain dont il n'était pas propriétaire. C'est ainsi que les bâtiments élevés par le fermier, avec ou sans le consentement du propriétaire, restaient toujours meubles à l'égard du fermier qui ne pouvait les hypothéquer ; la vente par lui consentie était mobilière et les constructions devaient être l'objet d'une saisie mobilière (1). Mais la jurisprudence n'a pas tardé à revenir vers une solution plus juridique et à reconnaître que l'incorporation était une condition suffisante pour produire l'immobilisation, quel que fût l'auteur de ces constructions. Il n'est pas nécessaire par suite que des constructions soient élevées par le propriétaire d'un terrain pour être immobilières. Ainsi les constructions faites par un usufruitier seraient certainement immobilières, bien qu'il ne les ait faites, selon toute vraisemblance, que pour la durée de son usufruit. Il en serait de même des constructions élevées par un fermier, quoiqu'il n'ait qu'un droit temporaire sur le fonds, et qu'il ait dû sans doute construire pour la durée de sa jouissance seulement. L'immobilisation des constructions résulte d'un fait matériel, leur incorporation au sol, et il importe peu que ce

1 Grenoble, 2 janv. 1827, D., 27. 2. 78. — Lyon, 14 janv. 1832, précité.

fait matériel soit réalisé par le propriétaire ou par un tiers (1).

B. *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui.*

28. Le bâtiment élevé par un tiers sur le terrain d'autrui est donc immeuble, mais vis-à-vis de quelles personnes ? Quelle est la nature juridique des droits respectifs appartenant au propriétaire du terrain et au tiers constructeur ? La question soulève des difficultés assez délicates, dont la solution réclame différentes distinctions.

1° *Par le titulaire d'un droit réel.*

La première hypothèse est celle d'un constructeur qui, sans être propriétaire, a un droit réel sur le fonds ; il s'agit par exemple, d'un usufruitier ; on ne doit pas hésiter à considérer le droit de ce dernier sur les constructions élevées par lui comme un droit immobilier ; pour déterminer l'étendue exacte de ce droit et fixer d'autre part celui du nu propriétaire sur les constructions, il convient de prendre parti dans une controverse que soulève l'application des art. 555 et 599 (C. civ.). Dans l'opinion qui, par une interprétation large de l'art. 599 veut appliquer ce texte non seulement aux améliorations provenant de l'usufruitier mais encore aux constructions nouvelles (2), le règlement des droits respectifs du nu propriétaire et de l'usufruitier est assez simple. A la cessation de l'usufruit, les constructions appartiennent de plein droit, sans indemnité à fournir, au nu propriétaire ; celui-ci, par suite, exerce sur elles, pendant la durée de l'usufruit, un droit de nue propriété ; il peut dès lors hypothéquer et aliéner les bâtiments ; la vente par lui faite est une vente immobilière. De son côté, l'usufruitier exerce sur le sol bâti le même droit qu'il avait sur le sol non bâti ; il est usufruitier des bâtiments comme du fonds et, en cette qualité, il est libre d'en hypothéquer l'usufruit ; les bâtiments

(1) *Sic* Aubry et Rau, II, § 164, p. 6 ; Demolombe, IX, n. 104 ; Laurent, V, n. 411. — Cass., 7 avril 1862, S., 62. 1. 459, D., 62. 1. 281 ; 13 fév. 1872, S., 72. 1. 104, D., 72. 1. 256.

(2) V. *infra* sur cette controverse, n. 570 s.

se trouveraient compris dans la cession qu'il pourrait consentir de son droit d'usufruit ou dans la saisie immobilière pratiquée contre lui par des créanciers. En un mot, la propriété du bâtiment, immeuble par nature, est démembrée. Il y a deux droits réels, tous les deux immobiliers, un droit de nue propriété et un droit d'usufruit qui ont l'un et l'autre pour objet la construction élevée par l'usufruitier.

Dans l'opinion qui limite l'art. 599 C. civ. aux seules améliorations et croit devoir appliquer aux constructions nouvelles des règles puisées par analogie dans l'art. 555, la solution serait un peu plus complexe. Ou bien le propriétaire réclame en vertu de son droit d'accession la conservation des travaux, sauf à payer une indemnité à l'usufruitier : celui-ci est alors à considérer comme titulaire d'un droit d'usufruit sur la construction, c'est-à-dire d'un droit immobilier ; l'action qui lui permettra d'exiger une indemnité sera, il est vrai, mobilière, puisqu'elle aura pour objet la dation d'une somme d'argent. Ou bien, au contraire, le propriétaire renonce à son droit d'accession pour obliger le constructeur à démolir les travaux à la cessation de l'usufruit ; cette renonciation équivaut en réalité à reconnaître au profit de l'usufruitier l'existence d'un droit de *superficie* pendant la durée de l'usufruit ; le propriétaire, en renonçant ainsi à son droit d'accession, n'a plus aucun droit réel sur les bâtiments, et il ne saurait par suite consentir ni une vente, ni une hypothèque. Toutefois ce résultat n'est rigoureusement exact qu'à partir de la renonciation émanée du nu propriétaire et, pour que cette renonciation puisse produire effet dans l'avenir, il faut évidemment qu'elle intervienne au cours de l'usufruit. Jusqu'au jour de la renonciation, tout demeure en suspens ; l'usufruitier constructeur est assuré d'avoir un droit immobilier, superficie ou usufruit, sur les bâtiments ; mais le nu propriétaire du fonds n'aura la nue propriété de l'immeuble que s'il opte pour sa conservation : l'option peut d'ailleurs être tacite et résulter, par exemple, d'une aliénation par lui consentie. Le droit de superficie au profit du constructeur n'est constitué avec certitude pour l'avenir que par une renonciation pure et simple au droit d'accession intervenant pendant

la durée de l'usufruit. Les auteurs qui écartent l'application de l'art. 599 pour les constructions nouvelles ne signalent pas ce résultat possible d'une renonciation et semblent accorder en toute hypothèse un droit d'usufruit au constructeur (1).

29. La solution adoptée pour l'usufruitier devrait être étendue à tous les titulaires d'un droit réel investis de la possession du fonds, à l'usager, au bailleur emphytéotique. Le bail à *convenant* ou à *domaine congréable* est considéré, dans une opinion fortement accréditée (2), comme présentant une forme particulière du droit de superficie. Grâce aux règles particulières de ce contrat, la propriété des édifices est transférée au preneur ou colon appelé *domanier*. Les constructions élevées par lui au cours du bail devraient être traitées de même ; c'est donc à l'égard du domanier seulement, à l'exclusion du propriétaire, que ces constructions pourraient être envisagées comme immeubles pendant la durée du bail (3).

2° *Par le preneur.*

30. La seconde hypothèse qui doit être envisagée est celle d'un constructeur n'ayant aucun droit réel sur le fonds dont il a la jouissance par contrat ; il s'agit d'un fermier. Aucune difficulté sérieuse ne s'élève lorsque le propriétaire a manifesté expressément, par une clause du bail, la volonté de conserver la propriété des bâtiments élevés par le preneur. Les constructions ne sont alors envisagées comme objet d'un droit immobilier qu'à l'égard du bailleur ; celui-ci exerce son droit de propriété sur le fonds et sur les bâtiments incorporés au sol. Par suite il peut les vendre et les hypothéquer. Au contraire le droit du preneur sur ces bâtiments ne peut être que mobilier ; en effet il ne possède aucun droit réel sur le sol, il n'en a pas davantage sur le sol bâti, il n'a qu'un droit de jouissance personnel et mobilier de sa nature sur les biens, fonds de terre et constructions, compris dans le bail ; le caractère de ce droit ne saurait être modifié par ce fait que le fer-

(1) Aubry et Rau, IX, n. 173 ; Aubry et Rau, II, § 164, p. 6, note 7 ; Demolombe, IX, n. 173.

(2) V. *infra*, n. 346. — Cpr. *Tr. du cont. de louage*, II, p. 1098.

(3) Cpr. *Traité du contrat de louage*, II, n. 1108.

mier a lui-même construit les édifices. Sans doute le preneur aura d'ordinaire le droit de réclamer, à fin de bail, une indemnité au propriétaire ; mais ce droit, qui a pour objet la dation d'une somme d'argent, est encore mobilier (1).

La jurisprudence a consacré cette solution avec toutes les conséqueuces juridiques qui en découlent ; ainsi dans l'hypothèse où le bailleur s'est expressément réservé la propriété des constructions élevées par le preneur, celui-ci ne peut les hypothéquer (2) ; elles ne peuvent être l'objet d'une saisie immobilière pratiquée contre le fermier par un créancier personnel (3) ; la cession consentie par le preneur à toute personne, même au propriétaire, avant la fin du bail, a le caractère d'une simple cession de jouissance au point de vue des droits d'enregistrement (4).

31. Que faut-il décider maintenant, lorsque le propriétaire n'a pas manifesté par une clause expresse sa volonté de conserver la propriété des constructions élevées sur son fonds? Certains auteurs, partisans d'une opinion absolue, soutiennent que le droit du fermier ne saurait jamais être que mobilier ; cette solution était la conséquence logique du système qui exigeait la condition de perpétuelle demeure pour arriver à l'immobilisation ; mais elle semble difficile à défendre dans sa généralité, dès que l'on écarte cette condition (5). Il existe notamment un cas où la solution proposée paraît tout à fait inadmissible, lorsque l'on se place dans l'hypothèse inverse de celle qui était formulée plus haut : le propriétaire déclare, par une clause du bail, renoncer au bénéfice de l'accession, c'est-à-dire au droit de propriété qu'il pourrait exercer sur les édifices. La validité de cette renonciation ne saurait être contestée ; d'autre part, les bâtiments élevés par le fermier sont, en eux-mêmes, des immeubles, puisque l'on suppose réalisée la condition d'incorporation et que le caractère de

(1) Aubry et Rau, II, § 164, p. 7 ; Demolombe, IX, n. 167 ; Laurent, V, n. 414.
(2) Cass., 27 mai 1873, S., 73. 1. 254, D., 73. 1. 410.
(3) Besançon, 22 mai 1845, S., 47. 2. 273. — Cass., 19 juill. 1893, S., 94. 1. 241 et la note de M. Wahl, D., 93. 1. 603. — Bordeaux, 22 fév. 1894, D., 94. 2. 584.
(4) Cass., 2 juill. 1851, S., 51. 1. 535.
(5) V. Demolombe, IX, n. 167.

perpétuité n'est pas nécessaire. A qui donc appartiennent-ils? Ce n'est pas au propriétaire du fonds, il y a renoncé; il faut bien que ce soit au fermier; autrement on aurait des immeubles sans maître. En réalité la renonciation de la part du bailleur équivaut à la concession d'un droit de superficie en faveur du fermier; c'est le preneur qui exerce le droit de propriété sur les édifices; il a un droit immobilier. La jurisprudence, d'accord avec la majorité des auteurs, n'a pas hésité à consacrer cette doctrine, dès qu'elle eut abandonné le système qui exigeait pour l'immobilisation la condition de perpétuelle demeure (1).

32. Quelles sont les conséquences du principe admis, soit pendant la durée, soit à l'expiration du bail? Pendant la durée du bail, le fermier peut consentir une hypothèque sur les constructions élevées par lui (2). Le créancier du locataire pourra pratiquer sur ces constructions une saisie immobilière (3). Le prix provenant de la vente faite au cours du bail devra être distribué par voie d'ordre et non par voie de contribution (4); la vente des constructions, au point de vue de l'enregistrement, donne lieu à la perception du droit de vente immobilière (5); depuis la loi de 1855, la transcription serait nécessaire pour rendre opposable aux tiers la vente consentie par le fermier.

Ainsi, pendant la durée du bail, c'est le fermier qui a tous les attributs de la propriété sur les édifices; à l'inverse, le bailleur n'exerce aucun droit réel sur les constructions; il ne peut ni les vendre, ni les hypothéquer; il reste propriétaire du *tréfonds*.

33. La situation va se trouver sensiblement modifiée à l'expiration du bail. En effet, le droit de superficie appartenant au

(1) Lyon, 18 fév. 1871, S., 71. 2. 81 et note de M. Moreau, D., 71. 2. 191. — Paris, 8 fév. 1892, D., 92. 2. 409 et la note de M. Planiol. — Gand, 29 mai 1895, D., 97. 2. 118. — *Sic* Aubry et Rau, II, § 223, n. 2 *bis*, p. 442; Laurent, V, n. 416.

(2) Cass., 13 fév. 1872, S., 72. 1. 104, D., 72. 1. 256. — Paris, 23 fév. 1872, S., 72. 2. 170, D., 74. 2. 21.

(3) Paris, 30 mai 1864, S., 64. 2. 266, D., 66. 2. 174. — Paris, 1er mars 1889, D., 91. 2. 38.

(4) Cass., 13 fév. 1872, précité.

(5) Cass., 24 novembre 1869, S., 70. 1. 133, D., 70. 1. 272.

fermier est limité *en principe* à la durée de la location. Le plus souvent le preneur sera tenu d'enlever les constructions et de les démolir à fin de bail ; dès le moment où cette obligation doit être exécutée, les bâtiments ne peuvent plus être considérés que comme de simples matériaux ayant un caractère mobilier (1). Un autre résultat pourrait toutefois se produire : si le preneur s'entendait avec le bailleur pour lui céder les constructions et les réunir ainsi à la propriété du sol, du tréfonds, la convention devrait s'analyser en une vente immobilière (2).

34. On a supposé que le propriétaire du fonds avait renoncé expressément à son droit d'accession dans une clause du bail ; il est certain que les solutions resteraient les mêmes si, au lieu d'une renonciation expresse, on était en présence d'une renonciation tacite pouvant s'induire des conditions insérées au contrat (3) ; sans doute l'interprétation sera parfois délicate et il y aura lieu de rechercher, en fait, quelle a été l'intention véritable des parties, si elles ont voulu une renonciation ou au contraire une réserve tacite du droit d'accession.

35. Le bail ne présente aucune stipulation qui permette de fixer l'intention du propriétaire et de savoir s'il a voulu conserver la propriété des édifices ou l'abandonner au constructeur en renonçant à l'accession. Le contrat est muet en ce qui concerne les constructions, ou bien, ce qui revient au même, il contient une clause qui doit être envisagée comme la reproduction des principes généraux ; on peut adopter, pour résoudre la difficulté, une formule qui s'écarte un peu des idées acceptées d'ordinaire en doctrine. Il est admis assez généralement que le propriétaire peut demander soit la suppression des travaux, en conformité des art. 1730 et 1731, soit leur conservation en vertu de son droit d'accession, par analogie de l'art. 555 C. civ. (4). Au cours du bail on est forcé, dans une

1 Bordeaux, 22 déc. 1860, S., 69. 2. 268, D., 71. 2. 190.

2 Cass., 15 nov. 1875, S., 76. 1. 86.

3 Lyon, 18 fév. 1871, S., 71. 2. 81, D., 71. 2. 191. — Cpr. Aubry et Rau, II, § 223, p. 442.

4 Aubry et Rau, II, § 204, p. 263. — *Contra* Laurent, V, n. 179. — V. *infra*, n. 376.

analyse rigoureusement juridique, de reconnaître que les droits respectifs du bailleur et du preneur sont conditionnels et soumis à une condition inverse. Tout dépend du choix que le propriétaire fera plus tard. Si ce dernier renonce à l'accession pour faire démolir les bâtiments, il est à considérer comme n'ayant jamais eu de droit réel sur les édifices et le fermier au contraire devrait être considéré comme en ayant été propriétaire pendant l'époque où les constructions ont subsisté : la renonciation du bailleur prouve qu'il avait entendu laisser jusque là au fermier la superficie des bâtiments. Si le bailleur se prononce en faveur de l'accession et prétend conserver les immeubles, il en aura toujours été propriétaire et le preneur n'aura eu qu'un droit mobilier. Tel est le résultat naturel de l'effet rétroactif de la condition accomplie. Aucun doute sérieux ne peut s'élever sur le caractère conditionnel des droits du propriétaire et du fermier : on ne saurait regarder le bailleur comme ayant en principe la propriété des constructions ; le bailleur, en effet, se trouve en face d'une option ; il a un choix à faire et c'est à raison même de ce choix que son droit et celui du fermier sont conditionnels et demeurent incertains tant que la condition ne s'est pas réalisée, c'est-à-dire tant que le bailleur n'a pas pris parti sur l'un des termes de l'option ; on s'explique ainsi pourquoi il n'y avait pas d'incertitude dans les précédentes hypothèses ; le propriétaire du fonds avait d'avance exercé son choix et manifesté son intention dans une clause du bail ; l'option était consommée, les droits du bailleur et du fermier étaient par là même fixés d'une manière définitive. Quelles conséquences comporte la nature conditionnelle des droits du preneur et du bailleur ?

36. Le fermier doit être considéré comme propriétaire des édifices sous la condition suspensive que le bailleur ne se prononcera pas en faveur de l'accession. Il aurait donc le droit de constituer une hypothèque sur les bâtiments (1) ; la vente qu'il pourrait consentir des constructions élevées par lui serait une vente immobilière ; sans doute l'acquéreur

(1) Lyon, 18 févr. 1871, S., 71. 2. 81. *Contra* Paris, 4 nov. 1886, D., 88. 2. 4.

n'aura qu'un droit mobilier, un droit à l'indemnité, si plus tard le propriétaire du fonds veut conserver la propriété et ce droit ne sera pas opposable aux ayant cause du bailleur; mais il n'en est pas moins vrai qu'au jour où les parties ont traité, qu'au jour où le fermier a vendu, c'est un droit de propriété portant sur des immeubles, droit conditionnel, mais droit immobilier, qui a été transmis ; en conséquence, l'acquéreur prudent devra faire transcrire, s'il veut opposer son droit aux ayant cause du preneur (1). La vente, au point de vue de l'enregistrement, donnera lieu à la perception des droits de mutation immobilière ; ce dernier point est consacré d'une manière constante en jurisprudence (2). Des auteurs se sont élevés contre les décisions de la jurisprudence et ont soutenu que le propriétaire du fonds avait seul, en principe, un droit immobilier ; qui a le sol a les bâtiments, dit-on. Le bailleur seul est propriétaire et le fermier n'a qu'un droit mobilier en toute hypothèse : droit à une indemnité si le propriétaire réclame le bénéfice de l'accession ; droit de reprendre les matériaux démolis, c'est-à-dire des meubles, si le propriétaire se prononce pour l'enlèvement des ouvrages (3). Cette argumentation a le tort de ne pas tenir compte de l'époque intermédiaire entre la construction et le moment où le propriétaire se prononce. En supposant que celui-ci exige la démolition, il n'en est pas moins vrai qu'il y a eu un espace de temps pendant lequel un bâtiment a existé sur le sol en qualité d'immeuble par incorporation. Or, grâce à l'effet rétroactif de la condition, c'est le preneur qui a été propriétaire de cet immeuble depuis le jour où il a construit jusqu'au jour où on lui a ordonné de démolir ; par conséquent, la vente qui se place dans cet intervalle a eu pour objet un immeuble ; c'est ainsi que les parties ont dû l'envisager ; et, dans le cas où le propriétaire a usé du bénéfice de l'accession, c'est encore un immeuble que les parties ont voulu vendre ; seulement, grâce à l'option exercée ainsi, l'acquéreur perdra son

(1) Paris, 1er mars 1889, D., 91. 2. 38.

(2) Cass., 27 juillet 1868, S., 69. 1. 38 ; 12 févr. 1872, S., 73. 1. 13.

(3) Demolombe, IX, n. 167 et 169 ; Guillouard, *Tr. du contrat de louage*, I, n. 299.

droit immobilier et n'aura plus qu'une créance en indemnité ; c'est un résultat postérieur qui ne saurait transformer la nature primitive d'un contrat antérieur : la rétroactivité de la condition ne saurait effacer l'intention première des parties contractantes. La situation n'est-elle pas sensiblement analogue, lorsqu'un acheteur à réméré vend un immeuble à un sous-acquéreur ? Si le vendeur originaire exerce le réméré, le sous-acquéreur n'aura plus qu'une créance mobilière ; cependant la vente qui lui a été consentie était une vente immobilière (1). En résumé, le fermier peut transmettre et constituer des droits réels ayant pour objets les édifices, tant que le propriétaire n'aura pas pris parti pour l'accession ; mais il convient de remarquer que les droits conférés par le preneur seront extrêmement précaires : en effet, la condition à laquelle ils se trouvent soumis est potestative de la part du bailleur, dont la volonté tient en suspens le sort des actes consentis par le fermier. Le propriétaire du fonds peut, en se prononçant pour l'accession, anéantir les droits d'un créancier hypothécaire, d'un acquéreur, qui auraient traité avec le constructeur ; il lui suffira, pour repousser une saisie immobilière, pratiquée par le créancier du fermier, d'affirmer son intention de conserver la propriété des constructions. Il est libre, en effet, de prendre parti avant l'expiration du bail, et, du jour où il aura exercé l'option, toute incertitude disparaîtra ; s'il opte en faveur de l'accession, le droit du fermier sera dès lors purement mobilier ; celui-ci ne pourra plus, à partir de cet instant constituer une hypothèque. La vente qu'il consentirait serait mobilière. Cette option résultera implicitement des actes de disposition émanés du bailleur. Si donc on considère maintenant les droits du propriétaire du fonds pendant la durée du bail, voici la conclusion naturelle à laquelle on est conduit.

37. Le bailleur est libre d'aliéner les constructions élevées par le fermier ; cette aliénation donnerait lieu à la perception des droits de mutation immobilière ; l'acquéreur devrait faire transcrire. Le bailleur a le droit d'hypothéquer les bâti-

(1) Cpr. Aubry et Rau, II, § 164, p. 7, note 11.

ments. Tous ces actes sont pleinement valables : en réalité, ils emportent exercice de l'option dans le sens de la conservation de la propriété au profit du bailleur et transforment le droit du fermier en un droit mobilier. Les ayant cause du propriétaire pourraient donc repousser les prétentions de ceux qui auraient traité même antérieurement avec le preneur. Il faudrait aller jusqu'à reconnaître aux créanciers chirographaires du bailleur le droit de pratiquer une saisie immobilière sur les constructions ; les créanciers peuvent, en effet, conformément à l'art. 1166, se substituer à leur débiteur et exercer à sa place l'option qui lui appartient, sauf évidemment à mettre tout d'abord ce débiteur en demeure de se prononcer lui-même.

Les droits ainsi conférés par le bailleur sont-ils assurés d'être maintenus? Cela dépend de la solution que l'on adopte sur la question suivante : le fermier peut-il, au cours du bail, enlever les constructions qu'il a faites sans que le bailleur soit autorisé à s'y opposer, en se fondant sur le droit d'accession? (1). Lorsque l'on répond négativement, il s'ensuit que les tiers qui ont traité avec le propriétaire ont acquis sur les constructions des droits certains et solides ; lorsqu'on répond affirmativement, il en résulte au contraire que ces droits se trouvent anéantis par le fait de l'enlèvement provenant du fermier. En définitive, pour traiter en toute sécurité, pour acquérir la propriété, une hypothèque, un droit réel quelconque, sans crainte aucune, la prudence exige le concours à l'acte du bailleur et du fermier.

38. Il se peut que le bailleur ait eu connaissance des travaux, qu'il les ait même autorisés, soit d'avance par une clause du bail, soit au moment de leur confection ; faut-il en induire qu'il a du même coup exercé son option dans un sens déterminé, par exemple dans le sens de la renonciation au droit d'accession et considérer qu'il a ainsi accordé un droit de superficie au fermier? Cette interprétation serait sans doute rationnelle dans certaines circonstances, mais elle n'est pas

(1) V. Aubry et Rau, IV, § 365, n. 2, p. 47. — Cpr. sur toutes ces questions *Traité du contrat de louage*, I, n. 473-527.

nécessaire (1). L'autorisation donnée implique avant tout que le bailleur n'exigera pas la démolition immédiate des édifices et que le preneur pourra en user jusqu'à la fin du bail; mais le plus souvent le bailleur n'aura entendu prendre aucun parti sur l'option, se réservant de choisir ultérieurement, à l'expiration du contrat de louage (2).

39. Le propriétaire du fonds peut, en effet, rester jusqu'à la fin du bail sans manifester sa volonté. A ce moment on admet en général que le fermier n'a plus la liberté d'enlever les constructions (3) ; si le bailleur use du bénéfice de l'accession, en consentant des droits à des tiers, ces droits sont assurés d'une pleine efficacité. Par ailleurs le propriétaire pourrait faire connaître son intention de conserver la propriété, en offrant au preneur de lui payer une indemnité; dès lors, le droit du locataire est purement mobilier. Le propriétaire peut au contraire renoncer à l'accession et exiger l'enlèvement des travaux ; cette volonté se trouverait suffisamment indiquée par le fait de pratiquer une saisie-gagerie sur les constructions (4). Cette renonciation conduit à un résultat curieux : dans le passé elle permet de considérer juridiquement le fermier comme ayant exercé un droit de superficie sur les bâtiments ; mais, comme on est à la fin du bail et que le preneur est tenu de démolir, il n'a plus désormais sur la construction qu'un droit mobilier, le droit de prendre les matériaux provenant de la démolition. A la différence de la renonciation intervenant au cours du bail, laquelle aurait pour effet d'assurer au fermier une propriété immobilière incontestable jusqu'au jour où la démolition devra s'effectuer, la renonciation se produisant à fin de bail supprime pour l'avenir tout droit immobilier, puisqu'elle se place au moment même où la démolition devient obligatoire.

(1) Lyon, 18 fév. 1871, S., 71. 2. 81 et la note de M. Emile Moreau, D., 71. 2. 191.

(2) On verra qu'il en est autrement dans l'hypothèse où le propriétaire du fonds connaît ou autorise les travaux exécutés sur son fonds par un tiers qui n'a pas la qualité de locataire. — Cass., 1er avril 1890, D., 91. 1. 181, S., 90. 1. 245. — V. *infra*, n. 40.

(3) V. cep. en sens contraire Laurent, V, n. 416.

(4) Bordeaux, 22 déc. 1868, S., 69. 2. 268, D., 71. 2. 190.

3° Par un simple possesseur.

40. Il reste enfin à examiner l'hypothèse où un tiers, sans avoir aucun droit réel sur le fonds, ni aucun droit personnel de jouissance en vertu d'un contrat, élève des constructions sur le terrain d'autrui ; il s'agit du simple possesseur de bonne foi ou de mauvaise foi, cas prévu directement par l'art. 555. Le possesseur est-il de bonne foi ? Il est incontestable alors que les constructions appartiennent en principe au propriétaire du fonds qui ne saurait exiger la démolition. Le constructeur de mauvaise foi ne saurait davantage être considéré comme titulaire d'un droit immobilier sur les édifices : cela n'est pas douteux si le propriétaire veut la conservation des travaux, mais, alors même que la démolition serait imposée, la contradiction apparente qui semble exister entre cette solution et celle donnée à propos du fermier disparaît devant un examen quelque peu réfléchi ; en effet, lorsque le bailleur exige la démolition des édifices, c'est en vertu du contrat, par application des art. 1730 et 1731 ; on en peut conclure que s'il les a laissé subsister, c'est qu'il entendait concéder un droit de superficie au preneur ; il n'y a plus de rapport contractuel dans l'autre hypothèse ; le constructeur a commis une usurpation : la démolition des édifices est exigée comme sanction de ce délit, si le propriétaire n'aime mieux conserver la propriété des édifices, que l'art. 555 lui attribue. Le tiers constructeur ne pourrait prétendre à un droit réel sur les édifices, par suite à un droit immobilier, que si, à un moment quelconque, un accord de volonté était intervenu entre le propriétaire et lui, une convention pouvant s'interpréter soit comme une translation de la propriété du terrain bâti, soit au moins comme la création d'un droit de superficie au profit du constructeur ; il en serait ainsi, par exemple, dans le cas où le propriétaire du fonds aurait connu les travaux, où il les aurait laissé s'achever sans protestation et, *à fortiori*, dans le cas où il aurait donné une autorisation formelle (1). L'hypothèse se présente assez souvent en prati-

(1) Cass., 1er avril 1890, D., 91. 1. 181, S., 90. 1. 245, avec l'arrêt de Limoges 30 avril 1888 rapporté en tête dans Dalloz. L'autorisation expresse ou tacite don-

que pour les constructions et bâtiments élevés en vertu d'une permission administrative sur des terrains dépendants du domaine public : ces édifices sont immeubles, tant que l'incorporation subsiste et ils sont immeubles vis-à-vis du constructeur qui a obtenu l'autorisation voulue (1).

41. Voilà donc résolues toutes les difficultés que soulève l'établissement d'une construction sur le terrain d'autrui. La solution n'est plus douteuse dans l'hypothèse inverse, lorsque le propriétaire du sol a bâti sur son fonds avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas : le propriétaire du sol a sur les édifices un droit immobilier ; il en a la propriété et il est tenu seulement de payer la valeur des matériaux ; d'autre part, le maître des matériaux n'a qu'un droit mobilier, il ne peut qu'en réclamer le prix (2).

C. *Comment cesse l'immobilisation.*

42. L'immobilisation des constructions dérivant de leur incorporation au sol, il en résulte que, quand cette incorporation cesse par la démolition de l'édifice, les matériaux reprennent la nature mobilière qu'ils avaient auparavant (art. 532).

Les matériaux deviennent meubles incontestablement, lorsqu'on procède à une démolition véritable, à une destruction du bâtiment ; mais en est-il encore ainsi des matériaux détachés momentanément, soit par cas fortuit, soit dans un but

née par le propriétaire du sol au constructeur ne peut s'interpréter ainsi, en règle générale, que comme une concession d'un droit de superficie ; en accordant la permission de bâtir sur son terrain, le propriétaire autorise le constructeur à maintenir les édifices tant qu'ils dureront, et renonce à tout droit d'accession à leur égard ; on doit raisonnablement présumer que l'accord intervenu a eu pour but de régler en même temps la question de propriété des édifices et leur maintien sur le sol, tandis que, dans les rapports d'un bailleur et d'un fermier, la même convention a pu n'avoir pour objet que le maintien des édifices pendant la durée du bail. Lorsque le constructeur invoque une autorisation expresse ou une autorisation tacite résultant de la reconnaissance par le propriétaire du sol des travaux effectués, il doit rapporter la preuve de cette autorisation ; cette preuve ne peut être fournie par témoins que dans le cas où les juges du fait estiment que la valeur du droit de bâtir concédé par l'autorisation, et non celle du terrain, est inférieure à 150 fr. Cass., 1er avril 1890, précité.

(1) Cass., 10 avril 1867, S., 67. 1. 277, D., 67. 1. 397.

(2) Demolombe, IX, n. 178.

de réparations et destinés à être de nouveau rattachés à l'édifice demeuré debout? La question sera résolue plus loin (1).

43. La démolition des matériaux met fin à leur immobilisation d'une façon complète et absolue; mais les mêmes objets peuvent être mobilisés d'une façon relative, sous certains rapports, et à l'égard de certaines personnes, avant que l'incorporation n'ait pris fin matériellement.

Le même résultat se produit aussi pour les autres immeubles par incorporation, même pour les éléments du sol; il est surtout fréquent en pratique pour les fruits et récoltes; on examinera, à ce propos, l'hypothèse qui vient d'être signalée (2).

§ III. *Moulins fixés sur piliers ou faisant partie d'un bâtiment.*

44. On lit à ce sujet dans l'art. 519 : « *Les moulins à vent* » *ou à eau fixés sur piliers* ET *faisant partie du bâtiment, sont* » *aussi immeubles par leur nature* ».

L'art. 519 ne contient en réalité qu'une application spéciale à une espèce de construction du principe posé dans l'art. 518; cependant le texte offre une utilité : il permet d'écarter les règles admises dans l'ancien droit, où les moulins n'étaient pas assimilés aux autres constructions; ainsi le moulin construit sur pilotis ne pouvait être qu'immeuble par destination (3); cette solution de l'ancien droit que certains auteurs ont voulu maintenir (4) ne doit plus être admise, en présence du texte formel de notre article (5).

On doit, par ailleurs, étendre aux moulins construits sur un fonds par un autre que le propriétaire les règles indiquées ci-dessus à propos des bâtiments et constructions.

L'art. 519 paraît exiger deux conditions pour qu'un moulin soit immeuble, savoir : 1° qu'il soit fixé sur piliers ; 2° qu'il

(1) V. *infra*, n. 122.
(2) V. *infra*, n. 49 s.
(3) Pothier, *De la communauté*, n. 37.
(4) Delvincourt, *Cours de code civil*, I, p. 135, note 4 ; Toullier, *Droit civil français*, II, n. 11.
(5) Demolombe, IX, n. 123.

fasse partie d'un bâtiment. Mais sur ce point il est en contradiction avec l'art. 531, qui ne déclare les moulins meubles que quand nos deux conditions manquent à la fois : ce qui revient à dire que si l'une d'elles existe, le moulin sera immeuble. Dans l'incertitude où nous laissent les textes, il faut recourir aux principes ; or les principes donnent raison à l'art. 531. En effet, quand les moulins sont fixés sur piliers en maçonnerie sans faire partie d'un bâtiment, ils adhèrent au sol, ce qui suffit pour les rendre immeubles. D'autre part, quand ils font partie d'un bâtiment sans être fixés sur les piliers, ils empruntent la nature du bâtiment dont ils sont une dépendance, et sont immeubles au même titre que lui. Une des deux conditions indiquées par l'art. 531 suffit donc pour qu'un moulin soit immeuble, et il faut par conséquent substituer dans l'art. 519 la disjonctive *ou* à la conjonctive *et*. On est d'accord sur ce point (1).

45. Lorsque l'on a élevé pour le moulin une construction en maçonnerie, en forme de tour, ou un socle lui servant en quelque sorte de fondation, cette construction a bien le caractère d'un immeuble, la condition d'incorporation n'étant pas douteuse. Mais en ce qui concerne la partie mécanique du moulin, est-il nécessaire qu'elle soit fixée par une attache matérielle à son support, ou bien suffit-il qu'elle repose par son propre poids sur un socle, sur des piliers, sur un support quelconque adhérent au sol ? Dans l'opinion de la majorité des auteurs, il suffit que les travaux effectués pour recevoir le moulin, soient eux-mêmes incorporés au sol ; quand bien même la partie mécanique n'adhèrerait que par son propre poids, elle serait immeuble par nature et participerait au caractère de son support (2). La cour de cassation, qui avait d'abord consacré cette doctrine (3), a depuis modifié sa jurisprudence et adopté une solution plus exacte : il faut que les pièces mécaniques, pour appartenir à la classe des immeubles par nature, soient fixées par une jonction artificielle à leur support, de façon à n'en pouvoir être détachées sans

(1) Aubry et Rau, II, § 164, p. 5 ; Demolombe, IX, n. 124 ; Laurent, V, n. 409.
(2) Aubry et Rau, II, § 164, p. 5, note 3 ; Demolombe, IX, n. 125.
(3) Cass., 12 mai 1834, S., 34. 1. 489, D., 34. 1. 213.

fracture ni détérioration ; en effet, un objet ne doit être considéré comme faisant partie intégrante d'un fonds ou d'un autre immeuble que s'il y a incorporation et la marque de cette incorporation résulte de l'attache qui relie le support et les pièces du moulin; le terme « fixé » employé par l'art. 531 et aussi, sans doute, par l'art. 519 [1], viendrait au surplus à l'appui de cette solution [2].

46. L'art. 519 n'étant que l'application d'une règle générale, les solutions qui en découlent doivent être étendues à tous les ouvrages, usines, bains, etc., construits dans des conditions analogues. L'extension est autorisée, du reste, par le texte plus complet de l'art. 531. Les moulins, usines et établissements quelconques élevés sur des travaux établis dans le sol d'une rivière peuvent acquérir la qualité d'immeubles, sans qu'il y ait à distinguer si la rivière est ou non navigable, puisque, comme on l'a vu, les constructions élevées sur des terrains dépendant du domaine public ne perdent pas pour cela leur nature immobilière [3].

§ IV. *Récoltes pendantes par branches et par racines et semences confiées au sol.*

47. « *Les récoltes pendantes par les racines, et les fruits* » *des arbres non encore recueillis, sont pareillement immeu-* » *bles. — Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés* » *quoique non enlevés, ils sont meubles. — Si une partie seu-* » *lement de la récolte est coupée, cette partie seule est* » *meuble* » (art. 520).

De même que les bâtiments, les récoltes pendantes par branches ou par racines sont immeubles plutôt par leur incorporation au sol que par leur nature. La terre, on l'a

[1] Certains des auteurs partisans de l'opinion contraire (v. notamment Aubry et Rau, *loc. cit.*), lisent, il est vrai, l'art. 519 avec le mot « fixes », mais il y a des éditions qui portent bien le mot « fixés » et il est certain par ailleurs que c'est le terme employé dans l'art. 531.

[2] Cass., 19 avril 1864, S., 64. 1. 286, D., 64. 1. 178. — Cpr. Cass., 19 juil. 1893, S., 94. 1. 241. — *Sic* Laurent, V, n. 409.

[3] Demolombe, IX, n. 127. — Chambéry, 17 août 1881, S., 82. 2. 110, D., 82, 2. 148. — *Contra* Laurent, V, n. 418.

fort bien dit, immobilise tout ce à quoi elle donne la vie, les arbres et leurs fruits, les récoltes de toute nature. *Fructus pendentes pars fundi esse videntur.*

Cette règle, dans sa généralité, s'applique même aux arbres des pépinières.

Cependant on a voulu voir plutôt dans les arbres des pépinières des immeubles par destination, pour cette raison que ces plantes ne sont placées dans la terre que momentanément, passagèrement et comme en dépôt (1); mais on sait déjà que l'incorporation n'a pas besoin d'être établie à perpétuelle demeure; les récoltes et les fruits sont destinés aussi à être coupés et détachés chaque année, comme les arbres des pépinières qui seront arrachés et transplantés ailleurs ; ce sont des produits du sol, immeubles tant que leur incorporation subsiste avec le fonds; et il n'y a pas même à distinguer, comme le proposait Pothier (2), entre les plants tenant encore à la terre où les semis ont été faits et ceux qui, séparés de ce premier fonds, ont été transportés dans une autre terre pour se fortifier et se nourrir avant la vente (3).

Toutefois les plants que l'on aurait mis provisoirement dans le sol, pour éviter de les voir sécher et dépérir, en attendant leur vente ou leur transplantation, ne doivent pas être considérés comme immeubles, car ils ne sont pas incorporés au sol, qui les abrite plutôt qu'il ne les nourrit. Nous en dirions autant des arbres plantés dans des caisses, alors même que ces caisses auraient été mises dans la terre.

48. Tous les produits de la nature deviennent meubles aussitôt qu'ils en sont séparés, car alors la cause de l'immobilisation cesse. La loi dit à ce sujet: « *Dès que les grains sont cou-* » *pés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meu-* » *bles. — Si une partie seulement de la récolte est coupée,* » *cette partie seule est meuble* » (art. 520, al. 2 et 3).

Ainsi la séparation seule, la séparation matérielle fait cesser l'immobilisation.

(1) Marcadé, *Explications théoriques et pratiques du Code civil*, II, n. 346 sur l'art. 521.

(2) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 34 et 36.

(3) Cpr. Cass., 5 juillet 1880, S., 81. 1. 105, D., 80. 1. 321. — Aubry et Rau, II, § 164, p. 9 ; Demolombe, IX, n. 147 et 148 ; Laurent, V, n. 420.

Plusieurs de nos anciennes coutumes considéraient les fruits comme meubles, aussitôt arrivée l'époque de leur maturité, même avant qu'ils ne fussent séparés du sol ; sans doute parce que la cause de l'immobilisation semble cesser quand les fruits, devenus mûrs, n'ont plus besoin d'être alimentés par la terre. Il y avait même certaines coutumes qui, probablement pour éviter les difficultés auxquelles pouvait donner lieu la détermination précise de l'époque de la maturité des fruits et par suite de leur mobilisation, les déclaraient meubles à une époque fixe qui précédait ordinairement celle de la maturité réelle. Par exemple, dit Pothier, il y a des coutumes qui réputent meubles les foins à la mi-mai, les blés à la Saint-Jean, les raisins au mois de septembre. L'art. 520, al. 2 et 3 a eu principalement pour but d'abroger ces dispositions et de les remplacer par une règle qui est à la fois plus rationnelle et d'une application plus facile.

Il convient toutefois de remarquer que les récoltes et les fruits sont naturellement destinés à être détachés à une époque déterminée et que par suite l'immobilisation de ces choses est forcément transitoire et limitée, leur incorporation au sol étant appelée à disparaître à l'époque de leur maturité.

L'art. 521 a été écrit dans le même ordre d'idées : « *Les » coupes ordinaires des bois taillis ou de futaies mises en » coupes réglées ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure » que les arbres sont abattus* ».

Sans cet article on aurait pu croire, par suite d'une réminiscence de notre ancien droit, que la seule arrivée de l'époque fixée pour la coupe d'un bois taillis ou d'une haute futaie *aménagée,* c'est-à-dire mise en coupes réglées, suffisait pour mobiliser la portion de bois qui devait être coupée, alors même que la coupe serait retardée. La loi a voulu lever ce doute. Elle ne parle pas des futaies non aménagées, parce qu'à leur égard l'application du principe ne pouvait faire difficulté.

Les arbres et plantations se rapprochent à certains points de vue plutôt des bâtiments et constructions que des fruits et récoltes. En effet, l'incorporation n'est plus, dans beaucoup de cas, transitoire ni passagère : lorsqu'il s'agit d'arbres isolés, de futaies non aménagées, de certaines plantations, d'une

vigne par exemple, on ne saurait envisager ces plantes comme le produit normal et périodique d'un fonds : même pour un bois taillis ou une futaie aménagée, l'incorporation subsiste plus longtemps. La remarque est intéressante surtout à l'égard du droit du fermier sur les plantations qu'il a pu faire au cours du bail; sans doute, dans la pratique, le bailleur se réservera le plus souvent, par une clause formelle, la propriété des plantations faites par le fermier et le droit de celui-ci sera mobilier; mais il se peut aussi que le propriétaire renonce au droit d'accession et, en consentant un bail de longue durée, permette à un fermier de planter un bois, une vigne, pour prendre un exemple plus pratique; il a été stipulé qu'à fin de bail le fermier serait libre d'arracher, s'il n'aimait mieux s'entendre avec le propriétaire pour recevoir une indemnité; on devrait alors accorder au fermier un droit de superficie sur la vigne, c'est-à-dire un droit immobilier; ainsi le fermier peut avoir un droit immobilier sur des arbres, des plantations; il n'a jamais qu'un droit mobilier sur les fruits et récoltes, ainsi qu'on le fera remarquer bientôt.

49. Les fruits pendants par branches et par racines sont immeubles en qualité d'accessoires du sol qui les nourrit. Ils cessent d'avoir ce caractère et deviennent par suite choses mobilières, quand on les considère abstraction faite du fonds auquel ils sont attachés. C'est ce qui arrive dans les trois cas suivants:

1° Au cas de *saisie-brandon*. La saisie-brandon est une saisie des fruits pendants. Elle ne peut être pratiquée que dans les six semaines précédant l'époque ordinaire de la maturité des fruits (C. pr., art. 626). Son nom vient de ce que l'on plaçait autrefois, dans les champs dont les fruits étaient saisis, des poteaux auxquels on suspendait des faisceaux de paille ou *brandons*. Nos lois modernes ont supprimé le signe visible de cette saisie, mais elles ont conservé le nom auquel il avait donné lieu. La saisie-brandon est une saisie *mobilière*, parce que les fruits sont envisagés abstraction faite du sol et pour l'époque où ils en seront détachés. Ce qu'on saisit et ce qui sera vendu sur la saisie, ce sont les fruits considérés par

anticipation comme séparés du sol et par conséquent comme choses immobilières. La saisie-brandon offre sur la saisie immobilière le double avantage de la célérité et de l'économie (1).

2° Les fruits pendants sur un fonds sont considérés comme meubles *à l'égard du fermier de ce fonds*. En effet, dans le contrat de bail, les parties envisagent les fruits séparément du fonds, qui est regardé seulement comme l'instrument de leur production. Elles ne les considèrent donc pas comme liés au fonds par le lien qui unit l'accessoire au principal.

On peut faire remarquer, en outre, que l'appropriation des récoltes n'est pour le fermier que l'exercice de son droit de jouissance, tel qu'il le tient de son contrat de bail. En effet, le fermier est titulaire d'un droit personnel dont l'objet direct n'est pas une chose corporelle, mais le « fait » d'user et de jouir de la chose louée ; ce droit, suivant une opinion presque générale, est par lui-même mobilier quel que soit le bénéfice que le preneur retire de la chose louée, qu'il s'agisse de l'usage d'une maison ou de la jouissance d'une terre productive de fruits. Le droit de jouissance emporte bien pour le fermier l'avantage de prétendre aux fruits poussés sur le sol qu'il cultive, mais il ne devient propriétaire de ces fruits que par la perception ; jusque là il n'en est que « créancier » (2).

3° Enfin les fruits pendants sont regardés comme meubles en tant qu'ils sont vendus séparément du fonds. En effet, le droit de l'acheteur *d'une récolte ou d'une coupe à faire*, comme celui du fermier, ne s'applique pas à l'immeuble, mais seulement aux fruits à percevoir, aux fruits considérés comme étant déjà perçus et comme ayant cessé, par conséquent, d'être liés au sol par le lien qui produit l'immobilisation. Quand je vends une récolte pendante, je ne vends pas un accessoire de mon fonds, je vends des fruits considérés comme chose principale et distincte de l'immeuble auquel ils adhèrent : je vends donc des meubles. Il en est de la vente d'une récolte sur pied comme de la vente d'une maison

(1) Cf. Chauveau, *Des meubles par anticipation*, n. 49-52, *Revue critique*, 1893, p. 573 s.

(2) Chauveau, *op. cit.*, n. 7 *bis*.

pour être démolie. Ce sont alors en réalité des matériaux qui sont vendus ; aussi la vente est-elle mobilière.

Les parties contractantes considèrent les objets incorporés au sol dans l'état où ils se trouveront quand la mobilisation prévue sera devenue effective. Le contrat, dans la pensée des parties, a pour objet non pas un immeuble, mais un meuble ; on traite en vue et sous la condition d'un événement qui doit ramener les choses à l'état mobilier. Tel est le principe reconnu par la jurisprudence et consacré dans la formule : le caractère mobilier ou immobilier des biens se détermine avant tout par le point de vue auquel les ont considérés les parties contractantes et par le but qu'elles leur ont assigné (1).

50. Le principe reçoit application dans un grand nombre de contrats, en matière de donation, de société (2), de partage (3), dans un contrat de mariage, mais surtout en matière de vente. Par ailleurs, la vente de choses à détacher du sol et considérée dans leur état futur de meubles peut avoir pour objet aussi bien les éléments du sol que les immeubles par incorporations, bâtiments, constructions, fruits et récoltes, arbres et plantations, ou les immeubles par destination (4).

La cause juridique qui donne à ces biens le caractère de « meubles par anticipation » , c'est-à-dire la volonté des parties d'envisager les choses dans leur état futur, suffit de quelque manière qu'elle se manifeste ; ainsi, quand un propriétaire vend le sol et se réserve soit les constructions pour les démolir, soit les récoltes, les fruits ou les arbres pour les détacher, soit les immeubles par destination pour les enlever, tous les objets compris dans la réserve se trouvent mobilisés.

Lorsque les objets à détacher ont été vendus séparément ou bien quand le fonds a été seul vendu, réserve faite par le propriétaire de certains immeubles par incorporation ou par destination, ou bien encore si le fonds et lesdits immeubles

(1) Cass., 25 janv. 1886, S., 86. 1. 269, D., 86. 5. 39.
(2) Cass., 20 déc. 1875, S., 76. 1. 208, D., 76. 1. 343.
(3) Cass., 21 juin 1882, S., 83. 1. 382, D., 83. 1. 369.
(4) Si la vente des immeubles par destination a lieu dans le même acte que la vente du fonds, l'art. 9 de la loi du 22 frimaire an VII exige, au point de vue de l'enregistrement, la désignation article par article des objets mobiliers vendus.

ont été vendus à deux acquéreurs différents, la situation ne présente aucune incertitude, nul doute ne pouvant s'élever sur l'intention manifestée dans les contrats : l'acheteur du fonds a un droit immobilier et l'acquéreur des immeubles vendus sous la condition de leur séparation un droit mobilier. Mais la vente d'objets à détacher du sol, par exemple d'une coupe, même de haute futaie, ne cesserait pas d'être mobilière, par suite de cette circonstance qu'elle aurait été suivie de la vente du terrain au même acheteur et que celui-ci, devenu propriétaire du bois et du terrain, n'aurait pas effectué la coupe. C'est ce que la cour de cassation a décidé dans plusieurs arrêts (1). L'administration de l'enregistrement soutenait qu'en pareil cas l'acheteur devait payer le droit de mutation afférent aux ventes immobilières, non seulement pour le terrain, mais aussi pour la haute futaie. Cette double vente, disait la régie, de la futaie à couper, d'abord et du terrain ensuite, à un acquéreur qui, une fois devenu propriétaire du total, ne coupe pas la futaie, ne peut être qu'un moyen détourné de frauder le fisc en lui soustrayant une partie des droits de mutation qui lui sont légitimement dus ; les tribunaux ne sauraient prêter la main à cette fraude : ils doivent, au contraire, la démasquer et la réprimer. Cela est incontestable ; mais la régie de l'enregistrement oubliait que la fraude ne se présume pas : Elle doit être prouvée. Or, cette preuve n'était pas fournie, et comme, en définitive, il n'est pas impossible que les parties, dans de semblables circonstances, aient agi sans intention frauduleuse à l'endroit du fisc, on s'explique que la cour de cassation ait pu repousser parfois les prétentions de la régie. En d'autres termes, lorsque le fonds et les choses à en détacher ont été vendus à un seul et même acquéreur, le juge doit rechercher, d'après les circonstances de la cause, l'intention véritable des parties pour savoir s'il y a eu réellement deux ventes distinctes, l'une du fonds,

(1) Cass., 21 mars 1820, S. chr. et 4 avril 1827, S. chr. — Un arrêt plus récent décide, il est vrai, qu'une pareille vente peut être considérée comme immobilière, et il en tire cette conséquence que le prix de la superficie de la coupe vendue est sujet à remploi, comme le prix même du fonds. Cass., 1er mai 1848, S., 48. 1. 501. D., 48. 1. 220.

l'autre des immeubles destinés à être mobilisés, ou bien, si, malgré l'apparence, il n'existe qu'une seule vente, immobilière pour le tout, ayant pour objet le fonds et ses accessoires. Dans cette recherche, l'interprétation pourra varier d'après certaines circonstances de fait, suivant que la vente des objets à détacher a eu lieu la première ou la seconde, ou suivant qu'il s'agit d'immeubles par incorporation ou d'immeubles par destination (1).

51. La vente d'objets à détacher du sol est donc mobilière ; de là plusieurs conséquences :

1° L'art. 1622, relatif aux ventes d'*immeubles* faites avec indication de contenance, ne serait pas applicable aux ventes de coupes de bois faites avec indication de la contenance du terrain qui porte le bois à couper.

2° L'action, que l'acheteur d'une coupe de bois intente contre le vendeur à l'effet d'obtenir l'autorisation d'effectuer la coupe, est une action mobilière, qui doit par suite être portée devant le tribunal du domicile du vendeur, et non devant celui de la situation de l'immeuble (C. pr., art. 59).

3° Les ventes publiques volontaires de récoltes ou de coupes à faire sont de la compétence des commissaires-priseurs aussi bien que des notaires. Ces derniers revendiquaient le droit exclusif de procéder à ces ventes, en se fondant sur leur nature immobilière, et la cour de cassation leur avait donné raison dans plusieurs arrêts. Mais la loi du 5 juin 1851, appliquant les vrais principes, a condamné leur prétention. L'art. 1 de cette loi est ainsi conçu : « Les ventes publiques volontaires, soit à terme, soit au comptant, de fruits et de récoltes pendants par racines et des coupes de bois TAILLIS, seront faites en concurrence et au choix des parties, par les notaires, commissaires-priseurs, huissiers et greffiers de la justice de paix, même dans le lieu de la résidence des commissaires-priseurs ». — Ce texte ne parlant que des ventes de coupes de bois taillis, il en résulte (on l'a positivement expliqué lors de la confection de la loi) que les ventes de

(1) Chauveau, *op. cit.*, n. 22. Les arrêts, tout en reconnaissant qu'en principe la vente est mobilière, ont le soin d'inscrire une réserve pour le cas de fraude. — Limoges, 29 juin 1888, S., 88. 2. 205.

coupes de hautes futaies, aménagées ou non, sont de la compétence exclusive des notaires : ce qu'il est peut-être difficile de justifier au point de vue des principes, les ventes de coupes de hautes futaies étant certainement mobilières, tout aussi bien que les ventes de coupes de taillis (1).

La solution de la loi de 1851 a été motivée par la gravité des ventes ne portant pas sur des produits annuels ou périodiques ; ces ventes ont le caractère d'actes de disposition et non d'actes d'administration et l'on peut comprendre ainsi que l'on ait réservé aux notaires seuls le soin de prendre les garanties désirables et même que l'on ait exigé, en pareil cas, du vendeur une capacité plus étendue. Mais la loi de 1851 aurait dû alors assimiler aux ventes ayant pour objet les coupes de bois taillis celles relatives aux futaies aménagées (2).

4° Le droit fiscal à percevoir sur les ventes de récoltes pendantes ou de coupes à faire est le droit de deux pour cent applicable aux ventes mobilières, et non le droit beaucoup plus élevé auquel donnent lieu les ventes d'immeubles. C'est ce qui résulte de l'art. 69, § 5-1° de la loi du 22 frimaire de l'an VII, ainsi conçu : « 2 francs par 100 francs... Les ventes de récoltes » de l'année sur pied, coupes de bois taillis et de hautes » futaies... » (3).

5° L'acheteur n'acquiert pas un droit réel immobilier susceptible d'une possession annale pouvant servir de base à une complainte (4).

52. Dans la vente d'objets à détacher du sol, il ne faut pas

(1) Cass., 14 nov. 1883, S., 85. 1. 449, D., 84. 1. 201.

(2) La loi de 1851 ne dit rien des ventes portant sur des immeubles par destination et l'on pourrait, dans certaines hypothèses, soutenir la compétence exclusive des notaires pour y procéder. — Cpr. Chauveau, *op. cit.*, n. 26. — Cass., 23 juillet 1890, D., 91. 1. 221 ; 24 mars 1891, S., 91. 1. 145.

(3) Il est impossible, par suite, d'admettre la solution consacrée par le tribunal civil de Mayenne (26 mars 1896, D., 97. 2. 101) d'après laquelle l'adjudication d'arbres épars tomberait sous l'application de la loi du 23 octobre 1884 concernant les ventes judiciaires d'immeuble dont le prix n'excède pas 2.000 fr. Cette loi suppose, en effet, qu'il y a lieu de percevoir le droit de 5 fr. 50 0/0 sur les ventes immobilières ; or, pour l'adjudication d'arbres destinés à être abattus, c'est le droit de 2 0/0 qui est exigible.

(4) Cass., 14 févr. 1899, D., 99. 1. 246.

toujours envisager le caractère mobilier de la vente : il importe en effet de distinguer, d'une part, la nature et les effets de cette vente une fois réalisée, et, d'autre part, les conditions mêmes de sa formation. Lorsqu'il s'agit de fixer les conditions nécessaires à la validité de ce contrat, ce n'est plus le caractère futur de son objet qu'il faut considérer ; jusqu'à la réalisation juridique de la vente, les choses conservent leur qualité d'immeubles ; leur mobilisation anticipée ne se produit qu'après la formation du contrat, elle ne peut opérer avant l'instant précis où les parties, ayant capacité suffisante pour contracter, ont consenti à la séparation éventuelle des objets vendus. La question de validité de la vente est donc *préjudicielle ;* elle doit être examinée et résolue avant de se préoccuper de la nature et des effets postérieurs de la vente. Quelle est donc la capacité requise pour consentir à une convention ayant pour résultat de rendre meubles certains éléments immobiliers du patrimoine? La réponse varie d'après l'objet même du contrat : Si la vente a pour objet des choses qui, par leur destination normale et régulière, doivent être détachées du sol à des époques déterminées, on devra la considérer comme un acte d'administration. Ainsi les ventes de fruits à détacher, de récoltes pendantes, de coupes à faire dans un taillis ou dans une futaie aménagée, si le terme normal de la coupe est arrivé, sont des actes d'administration. De pareilles ventes peuvent être consenties valablement même par les personnes qui n'ont ni la capacité ni le pouvoir de disposer. Ainsi le tuteur, sans autorisation, le mineur émancipé, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, la femme séparée de biens, le mari par rapport aux propres de sa femme, pourraient conclure de semblables contrats. Au contraire si la vente conduit à mobiliser des objets qui n'ont pas le caractère de fruits ou de produits périodiques, on sera en face d'un acte de disposition et la simple capacité d'administrer ne sera pas suffisante pour permettre de réaliser la vente. Il en est ainsi de l'aliénation des matériaux à provenir de la démolition d'un bâtiment, de la vente ayant pour objet des coupes à faire dans une futaie non aménagée. Le tuteur, le mineur émancipé, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire

ne pourraient consentir ces contrats sans recourir aux formalités imposées pour les aliénations d'immeubles; la femme séparée de biens devrait demander l'autorisation du mari et celui-ci ne trouverait pas dans ses pouvoirs d'administrateur des propres la faculté de réaliser de semblables ventes, lesquelles ne pourraient non plus être passées au mépris des prohibitions inhérentes à l'inaliénabilité du fonds dotal, ni par le mari seul, ni même par le mari avec le consentement de la femme (1).

53. La vente valablement consentie confère à l'acquéreur un droit mobilier; mais si l'on est d'accord sur ce premier caractère du droit de l'acquéreur, on discute au contraire sur son caractère réel ou personnel. Malgré les termes de certains arrêts (2) on doit admettre en principe la *réalité* du droit conféré à l'acquéreur, ce qui conduit à des conséquences intéressantes pour la solution des conflits divers susceptibles de naître entre l'acquéreur, d'une part, et certains ayants cause à titre particulier du vendeur, d'autre part.

Si le conflit existe entre l'acquéreur des objets à détacher et un tiers ayant acquis du même vendeur la propriété de l'immeuble entier, la préférence doit être accordée au titulaire du droit mobilier, s'il peut invoquer le bénéfice de l'art. 2279, sinon à celui des deux acheteurs dont le titre a une date certaine antérieure (3). La même solution s'appliquera pour résoudre le conflit entre deux acquéreurs successifs des mêmes

(1) Caen, 18 nov. 1863, S., 64. 2. 201. — Rennes, 17 mars 1892, S., 94. 2. 73 et la note de M. Tissier, *Pand. fr.*, 92. 2. 145 et la note de M. Chauveau.

(2) Cass., 25 janv. 1886, S., 86. 1. 269, D., 86. 5. 39; la Cour voulant décider que le juge de paix était compétent en dernier ressort jusqu'à 100 francs pour connaître de l'action intentée par un acheteur de meubles éventuels, motive sa solution en disant que l'action était purement personnelle; il eût suffi de dire qu'elle était mobilière, ce qui n'était pas douteux; il n'était point besoin de se prononcer, même incidemment, sur son caractère réel ou personnel; aussi ne faut-il attacher à cet arrêt qu'une importance restreinte dans la question du caractère véritable du droit de l'acquéreur. — Cf. aussi Dijon, 28 mars 1876, S., 77. 2. 193 et la note de M. Lyon-Caen, D., 78. 2. 261; cet arrêt a été rendu dans des circonstances de fait très défavorables aux prétentions de celui qui invoquait les droits attachés à la vente d'une coupe de bois.

(3) Chauveau, *op. cit.*, n. 37-40; il est certain que la transcription, en présence des termes limitatifs de la loi du 23 mars 1855, n'est pas nécessaire pour rendre opposable aux tiers la vente de meubles par anticipation.

objets mobiliers (1). En tout cas, l'acquéreur, titulaire d'un droit réel, est préférable aux créanciers chirographaires du vendeur (2) ; dans les rapports avec les créanciers hypothécaires, si la vente est postérieure (3) à la constitution d'hypothèque, elle n'est opposable en principe que dans la mesure où elle a le caractère d'un acte d'administration (4) à moins que l'acquéreur ne puisse encore se retrancher derrière l'art. 2279 (5).

§ V. *Tuyaux.*

« *Les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une mai-* » *son ou autre héritage sont immeubles, et font partie du fonds* » *auquel ils sont attachés* » (art. 523).

54. Il y a quelque difficulté sur le point de savoir si ces tuyaux sont immeubles par leur nature ou par destination. La place de l'article, qui est encadré au milieu de ceux consacrés aux immeubles par destination, semble indiquer que c'est à cette dernière catégorie qu'appartiennent les tuyaux dont il

(1) Cass., 21 juin 1820, S. chr.; 3 août 1831, S., 31. 1. 386; Chauveau, *op. cit.*, n. 40.

(2) Colmar, 16 brumaire an IX, S. chr.; l'acquéreur qui demande, en face d'une saisie pratiquée, la distraction des objets vendus, devra prouver toutefois l'antériorité de son titre par rapport à la transcription de la saisie; Chauveau, *op. cit.*, n. 41.

(3) Si la vente est antérieure elle n'a pas besoin d'être transcrite pour être opposable aux créanciers hypothécaires; il suffit que le titre ait une date certaine antérieure à la constitution de l'hypothèque. — Alger, 9 mars 1884, D., 85. 2. 134. — Chauveau, *op. cit.*, n. 42. — Cpr. Cass., 20 déc. 1875, S., 76. 1. 208, D., 76. 1. 343, solution implicite.

(4) La jurisprudence a fait l'application de cette idée, mais sans la formuler en des termes bien précis, dans un certain nombre d'arrêts qui se réfèrent aux divers objets de ces sortes de vente : aux fruits et récoltes, Cass., 30 mars 1868, S., 68. 1. 202; aux coupes de bois, Cass., 10 juin 1841, S., 41. 1. 484, avec la note de Devilleneuve, D., 41. 1. 265; aux produits de l'exploitation des mines et carrières. Cass., 15 déc. 1857, S., 60. 1. 536 : aux immeubles par destination, Cass., 5 juillet 1880, S., 81. 1. 105, D., 80. 1, 32 et sur renvoi Chambéry, 9 août 1881, S., 82. 2. 110, D., 82. 2. 148. — Paris, 22 mai 1868, S., 68. 2. 253, D., 68. 2. 72. — Bourges, 31 janv. 1843, S., 44. 2. 97.

(5) Cass., 9 août 1825, S. chr. — La jurisprudence semble admettre en pareil cas que les créanciers hypothécaires conservent leur droit de préférence sur le prix tant que l'acquéreur en possession ne l'a pas remis au vendeur. — Cass., 15 juill. 1867, S., 68. 1. 9. — Caen, 21 juill. 1874, S., 75. 2. 135, D., 76. 2. 577. — Douai, 16 déc. 1886, S., 88. 2. 115, solution implicite. — Cf. sur toutes ces questions, Chauveau, *op. cit.*, n. 42-49.

s'agit. Mais les termes du texte seraient plutôt favorables à l'opinion qui les considère comme étant immeubles par leur nature. En effet la loi dit que ces tuyaux « font partie du fonds »; elle n'exige pas en outre, comme elle fait pour les objets qui doivent devenir immeubles par destination (art. 522 et 524), que les tuyaux aient été incorporés à l'immeuble *par le propriétaire*. Aussi la plupart des auteurs, faisant prévaloir l'argument tiré des termes de l'art. 523 sur celui résultant de la place qu'il occupe, considèrent-ils lesdits tuyaux comme appartenant à la catégorie des immeubles par leur nature (1).

Aux tuyaux servant à la conduite des eaux il faut assimiler ceux établis pour la conduite du gaz (2).

Il ne paraît pas d'ailleurs y avoir lieu de distinguer, en ce qui concerne les maisons, entre les tuyaux intérieurs et les tuyaux extérieurs, ni entre ceux qui amènent l'eau dans la maison, et ceux qui servent à l'écoulement des eaux pluviales ou des eaux ménagères.

55. On a déjà indiqué comment pouvait cesser d'une manière absolue ou relative l'immobilisation dans toutes les hypothèses indiquées, soit par suite d'une cause physique qui fait cesser l'adhérence, l'incorporation, soit par suite d'une cause juridique qui permet de considérer d'avance les objets immobilisés comme devant être détachés du sol auquel ils sont unis.

SECTION II

IMMEUBLES PAR DESTINATION

56. On donne ce nom à des objets mobiliers que la loi répute immeubles parce qu'ils ont été attachés à un fonds par le propriétaire de ce fonds pour son service, son exploitation, son utilité ou son ornement; ils en deviennent alors les accessoires et empruntent, à ce titre, sa nature juridique.

1 Cass., 18 juin 1891, S., 91. 1. 488. — Aubry et Rau, II, § 164, p. 6; Demolombe, IX, n. 149; Laurent, V, n. 409.

2 Limoges, 29 juin 1888, S., 88. 2. 205.

Le droit romain ignorait les immeubles par destination (1) et notre ancien droit les connaissait à peine ou plutôt il n'y avait pas sur la matière de principe certain et général. La théorie est seulement entrevue par certains auteurs, quelques-uns très anciens, comme Jacques d'Abbeiges (2) et Bouteiller (3) ; formulée plus nettement par Guy Coquille (4), elle est exposée par Pothier qui signale les lacunes des quelques dispositions législatives rendues sur la matière, telles que l'ordonnance de 1367 (5), l'acte royal de 1483 (pour la province de Languedoc) (6), l'arrêt du conseil du 17 décembre

(1) Cependant on voit déjà se dessiner dans les textes les premiers linéaments de cette théorie, tantôt pour fixer le contenu d'une vente ou d'un legs, tantôt pour déterminer la portée des prohibitions d'aliéner et l'on formule des règles voisines de celles insérées au code civil ; c'est ainsi qu'on tient compte, dans une certaine mesure, de la destination et l'on considère, à certains égards, comme faisant partie des fonds, les immeubles attachés à la culture ; lorsqu'il s'agit d'immeubles urbains, on invoque déjà l'idée de perpétuelle demeure : *Ea quæ* PERPETUI USUS *causa in ædificis sunt, ædificii esse*, D., 1. 17, § 7, *De act. empt.;* v. aussi D., 1. 21, *De Inst. v. inst. leg.;* Just., nov. 7, 1, 6, C. V. 9.

(2) *Grand Coutumier*, chap. XX. De la division des meubles et héritages. « Dans certaines coutumes, dit l'auteur du *Grand Coutumier*, on considère comme immeubles des objets meubles qui sont attachés par clous et chevilles aux édifices et ne peuvent être séparés sans fractures » ; c'est déjà presque l'art. 525 du code civil ; l'auteur ajoute que les poissons eux-mêmes peuvent être considérés comme immeubles.

(3) Bouteiller, *Somme rurale*, tit. 74. Des meubles, cateux et héritages, dot: « Tout ce qui est dedans le mur d'une forteresse ou de la motte appartiennent à la maison ou château d'icelle » ; et il considère par suite comme étant réputées immeubles l'artillerie et les armures du seigneur, car : « Ce sont engins destinés à la tuition ».

(4) Les art. 90 de la coutume de Paris et 356 de la coutume d'Orléans prouvent qu'au XVI^e^ siècle se précise déjà l'idée de destination. Guy Coquille sut, au reste, formuler un principe assez large pour expliquer les diverses hypothèses dans lesquelles des meubles étaient réputés immeubles : « Dont résulte, dit-il, qu'à cause de la *destination* telles pièces sont immeubles ; car selon leur nature elles sont meubles, combien qu'elles soient difficiles à mouvoir ; car pour être censé la chose faire partie de l'immeuble, non seulement est à considérer si elle est attachée par fer, clou, cheville ou autre matière, mais aussi si elle est mise pour *perpétuelle demeure* ». *Inst. du droit français*, éd. de Bordeaux, 1703, p. 78.

(5) L'ordonnance de 1367 faisait seulement défense de saisir les animaux attachés à la culture des fonds ruraux, tant qu'il y aurait d'autres biens, meubles ou héritages suffisants pour les exécutions forcées ; ce n'était là qu'un essai timide et d'une portée très restreinte.

(6) L'acte de 1483 édictait une véritable prohibition de la saisie mobilière à l'encontre des bestiaux et outils destinés à la culture, les considérant comme une partie intégrante et inséparable du fonds ; mais l'acte était spécial à la province du Languedoc.

1643 (1), l'ordonnance de 1667 (2) et celle de 1747 sur les substitutions (3) ; Pothier critique le défaut d'harmonie et d'unité dans la législation de son temps et regrette que l'on n'ait pas songé à poser une règle générale pour l'immobilisation des objets attachés à la culture (4).

57. L'immobilisation par destination présente cependant un grand intérêt. Les terres, les usines, les bâtiments perdraient beaucoup de leur utilité s'ils n'étaient garnis de certains meubles appropriés à leur destination. Il faut des bestiaux et des instruments aratoires pour cultiver la terre, des appareils et des machines pour le fonctionnement d'une usine, des objets divers dans une maison pour sa commodité ou son agrément. L'union de ces accessoires avec l'immeuble a un tel caractère d'intimité que toute séparation imprévue serait contraire aux intérêts du propriétaire, contraire aussi à l'intérêt général et aux besoins impérieux de l'agriculture et de l'industrie.

Pour éviter ce résultat, la loi a dû créer une catégorie spéciale d'immeubles; on a considéré certains objets attachés au fonds par leur destination ou par la volonté du propriétaire comme une partie de ce fonds et, par une fiction juridique d'une utilité incontestable, on les a réputés immeubles. L'immobilisation par destination établit ainsi entre une chose mobilière et un immeuble le lien qui rattache l'accessoire au principal et empêche que mille événements ne viennent séparer deux choses qui doivent rester étroitement unies.

(1) L'arrêt du conseil du 17 décembre 1643, applicable dans tout le royaume, défendit de saisir pour le recouvrement des tailles les outils et les bêtes servant au labourage.

(2) L'ordonnance de 1667 (tit. XXXIII, art. 16) dispose d'une manière générale que les mêmes objets que ceux visés dans l'arrêt du conseil de 1643, ne peuvent être saisis même pour deniers royaux, sauf les droits du bailleur, ceux du vendeur et du bailleur de deniers pour les acheter.

(3) L'ordonnance de 1747 renfermait des dispositions basées sur les mêmes idées. Les articles 4 et 5 obligeaient le grevé à faire vendre les meubles et à faire emploi du prix ; l'art. 6 le dispensait de cette obligation à l'égard des bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres ; ces règles ont passé dans les art. 1062 et 1064 du code civil.

(4) Pothier (*Traité de la communauté*, n. 44) expose assez longuement les règles relatives aux choses qui sont censées faire partie d'une maison ou d'un autre édifice, et à celles qui sont censées faire partie d'un fonds de terre.

58. Ainsi la loi déclare immeubles par destination les animaux et les ustensiles aratoires qu'un propriétaire a attachés à la culture de son fonds. De là il résulte que ces animaux et ustensiles ne pourront pas être saisis mobilièrement et par suite séparément du fonds (C. pr., art. 592-1°). Si, au contraire, ces objets conservaient leur nature de choses mobilières, les créanciers du propriétaire pourraient les saisir mobilièrement, par suite séparément du fonds, et mettre ainsi le propriétaire dans l'impossibilité de cultiver son domaine. De même, si le propriétaire d'un fonds se marie sous le régime de la communauté, les animaux et ustensiles qu'il a attachés à la culture, étant immeubles par destination, lui demeureront propres avec le fonds lui-même (arg. art. 1404). Ils tomberaient au contraire dans la communauté, comme le décidait notre ancien droit, s'ils conservaient leur nature de choses mobilières (arg. art. 1401-1°). Enfin les animaux attachés à la culture et les ustensiles aratoires, étant immeubles par destination, passeront avec le fonds, dont ils sont une dépendance, au légataire de ce fonds. On les verrait au contraire tomber entre les mains du légataire des meubles ou rester aux héritiers, s'ils conservaient leur nature de choses mobilières.

§ I. *Conditions requises pour qu'un objet mobilier devienne immeuble par destination.*

59. Les rédacteurs du code ont développé l'idée contenue en germe dans les édits, les ordonnances et les ouvrages de l'ancien droit, avec l'intention de formuler un système plus large et plus général dans les art. 522, 524 et 525 (C. civ.), mais le résultat n'est pas à l'abri de critiques et la rédaction de ces textes n'offre pas toute la clarté désirable ; il importe donc tout d'abord de fixer avec exactitude les conditions générales de l'immobilisation.

Pour qu'un objet mobilier devienne immeuble par destination, il faut :

1° Qu'il ait été placé sur un fonds, par conséquent sur un immeuble par nature (fonds de terre ou bâtiment) ; car il ne

peut devenir immeuble par destination qu'en qualité d'accessoire d'un fonds.

2° Qu'il y ait été placé dans l'intérêt du fonds, c'est-à-dire pour son service, son exploitation, son utilité ou son ornement.

3° Enfin qu'il ait été placé par le propriétaire du fonds. L'immobilisation par destination suppose nécessairement le fait du propriétaire; elle ne pourrait pas résulter du fait d'un locataire, d'un fermier, ni même d'un usufruitier (1). La raison en est que l'immobilisation par destination a lieu dans l'intérêt du fonds; or, le propriétaire seul est le représentant de cet intérêt (2). Celui qui place un objet sur un fonds en qualité de locataire, de fermier ou même d'usufruitier, l'y place vraisemblablement pour la durée de sa jouissance seulement; il agit dans son propre intérêt, plutôt que dans celui du fonds qui ne lui appartient pas. Lui prêter une intention contraire ce serait supposer qu'il a entendu faire une donation au propriétaire, puisque celui-ci, à l'expiration du bail ou de l'usufruit, reprendrait avec son fonds les accessoires provenant du preneur ou de l'usufruitier; or une donation ne se suppose pas.

L'exercice du droit reconnu au propriétaire appartient soit à celui-ci personnellement, soit à son représentant, mandataire légal ou conventionnel. Ainsi le tuteur qui, en cette qualité et comme administrateur des biens de l'incapable, place des objets mobiliers pour le service et l'exploitation

(1) Aubry et Rau, II, § 164-2°, p. 12; Demolombe, IX, n. 203. — Cass., 13 nov. 1878, S., 79. 1. 34, D., 79. 1. 447; 30 août 1882, S., 84. 1. 383, D., 83. 1. 213.

(2) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, n. 820, critique cette explication : d'après cet auteur, « la véritable raison est que la question d'immobilisation « ne se pose pas pour les objets mobiliers qui appartiennent à une autre personne « non propriétaire du fonds ». N'est-ce pas là une sorte de pétition de principe ? Il faut bien dire pourquoi un locataire, un fermier, un usufruitier ne peuvent créer des immeubles par destination ; pourquoi la question ne peut se poser quand il s'agit d'objets mobiliers appartenant à une personne qui n'est pas propriétaire du fonds. M. Planiol se contente de l'affirmer, en invoquant l'histoire de la théorie des immeubles par destination. Mais pourquoi donc l'évolution de cette théorie ne conduirait-elle pas jusqu'à permettre à l'usufruitier, par exemple, de créer des immeubles par destination ? Le motif indiqué au texte est nécessaire pour l'expliquer.

d'un fonds appartenant au mineur ou à l'interdit, donne à ces objets le caractère d'immeubles par destination (1). Il en est de même du mari qui, pendant le mariage, met des meubles dans les conditions prévues par les art. 522 et s., sur les propres de la femme.

Le copropriétaire d'un fonds indivis peut bien créer des immeubles par destination ; mais, pendant la durée de l'indivision, l'immobilisation est conditionnelle ; son maintien ou sa disparition dépendent de l'événement du partage, suivant que le fonds indivis est tombé ou non dans le lot de celui qui a placé sur ce fonds les objets mobiliers ; mais tant que l'indivision persiste, l'immobilisation produit, provisoirement au moins, tous ses effets (2).

On admet généralement que l'immobilisation par destination peut aussi résulter du fait de celui qui possède le fonds *animo domini*, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il est ou non de bonne foi. Celui qui possède un fonds *animo domini* s'en croit propriétaire ou se comporte comme tel : il représente donc l'intérêt du fonds (3).

Mais l'immobilisation disparaît avec la possession et cesse dans le cas où l'exercice de l'action en revendication a pour résultat de remettre le fonds entre les mains du véritable propriétaire (4).

4° Que le propriétaire du fonds soit en même temps propriétaire de l'objet placé sur le fonds. Si un propriétaire plaçait sur son fonds des meubles à lui remis soit en dépôt, soit à titre de gage ou de prêt, sa volonté ne suffirait pas à produire l'immobilisation et n'arrêterait en aucune façon la revendication des tiers, propriétaires des objets mobiliers.

60. Les quatre conditions ci-dessus suffisent-elles pour

(1) Il en est de même du fermier qui place sur le fonds, en vertu du bail, des objets mobiliers devant, à la fin du bail, être laissés au propriétaire. — Cass., 13 nov. 1878, S., 79. 1. 34, D., 79. 1. 447; Demolombe, IX, n. 209. — *Contra* Laurent, V, n. 438.

(2) Cpr. Cass., 15 juill. 1867, S., 68. 1. 9. — Demolombe, IX, n. 214 *bis* ; Laurent, V, n. 435.

(3) Aubry et Rau, II, § 164-2°, p. 12 ; Demolombe, IX, n. 208 et 209; Laurent, V, n. 435.

(4) Lyon, 10 août 1888, S., 90. 2. 113.

qu'un objet mobilier devienne immeuble par destination ? Faut-il, en outre, que le propriétaire ait placé cet objet sur son fonds *à perpétuelle demeure*, c'est-à-dire dans une intention de perpétuité ? Quelques auteurs l'exigent dans tous les cas ; la condition de perpétuité aurait seule assez de puissance pour assurer à l'union des effets mobiliers et du fonds toute l'intimité nécessaire à leur qualification d'immeubles par destination ; cette condition aurait du reste l'appui d'un argument historique. Labéon, dans le droit romain, la signalait déjà (1); dans l'ancien droit, Guy Coquille rapprochait l'idée de destination et celle de perpétuelle demeure (2). Pothier enfin invoquait le caractère de perpétuelle demeure pour distinguer les meubles des objets réputés immeubles (3). Comme réponse à l'objection tirée des textes du code, on fait observer que la condition de perpétuelle demeure se trouve sous-entendue, lorsque les objets sont destinés au service et à l'exploitation du fonds et les partisans de cette théorie la résument en cette conclusion : en principe, le caractère de perpétuité est toujours exigé pour les immeubles par destination, mais cette perpétuité est suffisamment établie par l'une des circonstances indiquées dans les art. 524 et 525 (C. civ.) ; elle résulte, soit de l'affectation spéciale des meubles au service du fonds, soit des conditions d'attache et de scellement prévues par l'art. 525 (4).

Il n'y a plus guère ainsi qu'une différence doctrinale avec le système contraire qui écarte toute préoccupation relative à la condition de perpétuelle demeure pour les immeubles affectés au service d'un fonds.

61. Cependant il paraît préférable de se rattacher à ce dernier système. En effet, la loi ne paraît pas requérir la condition de la perpétuelle demeure pour l'immobilisation qui a lieu *dans l'intérêt du service ou de l'exploitation du fonds*, ou autrement dit pour l'immobilisation *par destination agricole ou industrielle*. L'art. 522, relatif à un cas particulier d'immo-

(1) Dig., L. 17, § *De act. empt.*
(2) V. *supra*, p. 54, note 4, le passage de Guy Coquille, déjà cité.
(3) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 44 et s.
(4) Cf. Demolombe, IX, n. 199.

bilisation par destination agricole, ne parle pas du tout de la perpétuelle demeure. De plus, l'art. 524, qui s'occupe à la fois de l'immobilisation agricole et de l'immobilisation industrielle, dit dans son alinéa 1 : « *Les objets que le propriétaire* » *d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce* » *fonds, sont immeubles par destination* ». L'article n'exige pas d'autre condition pour l'immobilisation ; et, comme s'il voulait insister pour nous faire comprendre que cette condition suffit, il ajoute en se répétant : « *Ainsi, sont immeubles par destination,* » *quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et* » *l'exploitation du fonds...* » De la perpétuelle demeure il n'est pas question. L'article en parle bien dans sa partie finale, après avoir achevé sa longue énumération ; mais précisément il en parle dans des termes qui donnent à entendre que cette condition n'est pas nécessaire quand il s'agit de l'immobilisation par destination agricole ou industrielle dont il vient de s'occuper. Voici comment il s'exprime : « *Sont* AUSSI [c'est-à-dire » *en outre*] *immeubles par destination, tous effets mobiliers que* » *le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure* ». — Il paraît bien difficile de donner à la loi, prise dans son ensemble, un sens raisonnable autre que celui-ci : tous les objets, attachés à un fonds par le propriétaire pour son service et son exploitation, sont par cela seul immeubles par destination, qu'ils aient été ou non placés à perpétuelle demeure (art. 522 et 524 al. 1 à 12) ; l'intérêt agricole ou industriel suffit à lui seul pour produire l'immobilisation ; la raison en est simple ; l'union étroite du fonds et des accessoires ressort avec évidence de l'affectation spéciale des meubles et de leur concours indispensable au service et à l'exploitation du fonds. Sont en outre immeubles par destination tous les objets mobiliers qu'un propriétaire a attachés à son fonds *à perpétuelle demeure* dans un autre intérêt, par exemple celui de l'utilité ou de l'ornement du fonds (art. 524 al. final). La perpétuelle demeure ne paraît donc nécessaire que lorsque l'immobilisation a lieu dans un intérêt autre que l'intérêt agricole ou industriel du fonds ; on comprend alors l'exigence de cette condition spéciale ; autrement un objet quelconque pourrait devenir immeuble ; la perpétuelle demeure, au contraire, éta-

blit une union intime entre le fonds et des meubles qui conserveraient leur indépendance naturelle, s'il n'y avait entre eux et l'immeuble qu'une relation accidentelle, un rapprochement momentané.

En faveur de ce système qui compte des suffrages imposants dans la doctrine (1), je remarque : 1° que lorsque la loi s'occupe de l'immobilisation par destination agricole ou industrielle, elle emploie les expressions d'*objets* PLACÉS *sur le fonds,* et non celles d'*objets* ATTACHÉS *au fonds,* dont elle se sert plus volontiers quand elle exige la perpétuelle demeure (art. 524 *in fine* et 525) et qui sont en effet beaucoup plus énergiques ; 2° que les signes qui sont indiqués par l'art. 525 comme annonçant l'intention de la part du propriétaire d'attacher les objets à son fonds à perpétuelle demeure, sont sans application possible à la plupart des cas d'immobilisation agricole ou industrielle : ce qui donne à entendre que la perpétuelle demeure n'est pas exigée pour cette immobilisation ; 3° que certains objets expressément visés par l'art. 524 ne peuvent certainement être considérés comme placés à perpétuelle demeure ; ainsi les pailles et engrais, les semences ne servent que pour un temps limité ; leur consommation a lieu le plus souvent dans l'année et leur destination est de disparaître par un assez prompt usage (2).

62. En résumé, le propriétaire n'a pas toute liberté de créer des immeubles par destination. La loi a prévu des circonstances de fait nécessaires pour obtenir ce résultat : tantôt on y arrive par une affectation spéciale au service et à l'exploitation du fonds ; tantôt on obtient l'effet voulu par un placement à perpétuelle demeure. Si aucune de ces conditions ne se rencontre, la volonté du propriétaire reste impuissante.

(1) Aubry et Rau, II, § 164, 2, p. 12 ; Laurent, V, n. 434 et 441 ; Vaugeois, *De la distinction des biens, en droit romain et en droit français,* p. 170 ; Coin-Delisle, *Rev. crit.,* 1858, XII, p. 385 s.

(2) L'argument historique invoqué dans l'opinion adverse n'a pas une grande portée ; on sait déjà qu'avant le code civil, la théorie des meubles par destination s'était encore qu'à l'état d'ébauche ; en outre, lorsque les anciens auteurs parlent d'usage perpétuel, de perpétuelle demeure, c'est surtout en vue des meubles accessoires d'une maison d'habitation, à propos des *ustensiles d'hôtel,* comme dit Pothier, *op. cit.,* n. 47.

La cour de cassation a nettement consacré ce point en décidant que l'intention du propriétaire d'un immeuble ne suffit pas pour attribuer aux meubles qui garnissent le fonds un caractère immobilier (1); de même l'immobilisation ne pourrait dépendre d'une stipulation entre le propriétaire et son créancier auquel une hypothèque aurait été consentie sur les objets mobiliers placés dans un immeuble (2).

63. Il y a donc deux catégories distinctes d'immeubles par destination. Nous allons nous occuper successivement de l'immobilisation par destination agricole ou industrielle et de l'immobilisation par perpétuelle demeure.

§ II. *De l'immobilisation par destination agricole, industrielle ou commerciale.*

64. Les art. 522 et 524 contiennent une énumération, non limitative, des objets mobiliers qui deviennent immeubles par destination agricole ou industrielle.

A. *Immobilisation par destination agricole.*

Aux termes de l'art. 522 : « *Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention. — Ceux qu'il donne à cheptel à d'autres qu'au fermier ou métayer sont meubles* ».

Celui qui exploite un immeuble rural en vertu d'un bail, est désigné sous la dénomination de *fermier* ou de colon *partiaire; — fermier,* si la redevance périodique qu'il doit au propriétaire est *ferme* (exemple mille francs, cent hectolitres de froment... chaque année); — *colon partiaire,* si cette redevance consiste en une quotité des fruits, ce qui la rend aléatoire. Ordinairement cette quotité est de la moitié, et alors le colon partiaire s'appelle *métayer,* de *meta* moitié.

(1) Cass., 5 fév. 1878, S., 78. 1. 353, D., 78. 1. 156. — Besançon, 13 avril 1892, D., 92. 2. 551.

(2) Cass., 31 juill. 1879, S., 80. 1. 409, D., 80. 1. 273. — Nancy, 1er juillet 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 146.

Cela posé, les animaux que le propriétaire livre au fermier ou au métayer pour la culture, deviennent immeubles par destination agricole, parce que le propriétaire est censé les avoir *attachés*, comme dit la loi, au service et à l'exploitation du fonds.

Quand un propriétaire livre ainsi à son fermier ou à son métayer des animaux pour l'exploitation du fonds, il y a deux baux confondus en un, le bail de la terre et celui des animaux. Ce dernier, qui est accessoire par rapport au premier, puisqu'il a seulement pour but d'assurer la bonne culture des terres, porte le nom de *cheptel de fer*, expression que l'on emploie aussi quelquefois pour désigner les animaux eux-mêmes faisant l'objet du bail, et qui indique d'une manière énergique la solidité du lien par lequel les animaux sont attachés au sol.

Cette convention, relative aux animaux livrés par le propriétaire au preneur, est nécessaire pour déterminer d'une façon précise les objets immobilisés; il ne faut pas se méprendre toutefois sur la portée de cette convention; elle serait impuissante à immobiliser des objets qui ne seraient pas affectés véritablement à l'exploitation du fonds; c'est une condition nouvelle qui vient s'ajouter à celle de l'affectation spéciale au service de l'immeuble; parmi les objets susceptibles d'être affectés au fonds et remis au fermier, il n'y a d'immobilisés que ceux compris dans la convention intervenue entre le bailleur et le preneur (1); mais si la convention est nécessaire, il n'est pas indispensable qu'elle figure dans le bail comme clause expresse; il suffit que l'on puisse établir la preuve de l'accord intervenu sur ce point.

La plupart du temps le contrat de bail contient l'estimation des bestiaux que le propriétaire livre au fermier. Cette estimation n'a pas pour résultat (sauf bien entendu convention contraire) de transférer au fermier la propriété des bestiaux, sous l'obligation d'en payer le prix d'estimation : ce qui les empêcherait de devenir immeubles par destination, puisqu'ils

(1) Riom, 30 août 1820, S. chr.; 28 avril 1827, S. chr. — Limoges, 15 juin 1830, S. chr. — Demolombe, IX, n. 234; Laurent, V, n. 446.

n'appartiendraient plus au propriétaire du fonds. Comme on aurait pu croire le contraire, à cause de l'ancienne règle *Æstimatio facit venditionem,* dont le législateur a consacré dans notre droit actuel quelques applications, le code civil s'en est expliqué formellement (art. 522 et 1822) (1). Il dit dans notre article que les animaux livrés par le propriétaire au fermier deviennent immeubles par destination, qu'ils soient « estimés ou non ». Quelle sera donc alors l'utilité pratique de l'estimation ? Le plus souvent elle sera faite en vue d'obliger le fermier à laisser, à la fin du bail, des bestiaux d'une valeur égale à ceux qu'il a reçus (art. 1821). Les bestiaux sont ainsi mis aux risques du fermier, sans devenir pour cela sa propriété (art. 1822). Il n'aurait donc pas le droit de les garder à l'expiration du bail, en payant au propriétaire le prix d'estimation.

Dans la conciliation des droits respectifs du bailleur et du fermier, on a parfois exagéré les droits de ce dernier ; le bailleur est bien propriétaire et, par suite, il peut aliéner ensemble le fonds et les animaux, sauf obligation imposée à l'acquéreur de respecter le bail (art. 1743) ; et les créanciers du bailleur peuvent pratiquer une saisie immobilière portant sur l'immeuble et sur les bestiaux. Le preneur, en principe, n'a que la jouissance et l'administration, ce qui lui permet de retirer certains profits et de vendre les animaux près de dépérir ou suffisamment engraissés, à charge de les remplacer ; mais, en dehors des limites de l'administration, il reste sans pouvoir ; il ne saurait aliéner le cheptel lui-même et ce cheptel est à l'abri de la poursuite de ses créanciers (2).

Quant aux animaux qu'un propriétaire donne à *cheptel,* c'est-à-dire à bail, à un autre qu'au fermier ou métayer, il est clair qu'ils ne sont pas immobilisés, puisque le propriétaire les afferme sans affermer son fonds, et n'établit ainsi aucun lien entre les animaux et un fonds à lui appartenant. C'est tellement évident que notre article aurait pu se dispenser de le dire.

(1) Aubry et Rau, II, § 164, p. 15, note 46 ; Demolombe, IX, n. 229 ; Pothier, *Des cheptels,* n. 66.

(2) Pothier, *Des cheptels,* n. 36, 45, 46, 69 ; Demolombe, IX, n. 232.

65. L'art 522 ne doit pas s'appliquer seulement aux animaux, mais encore à tous les autres objets, tels que pailles, engrais et ustensiles remis au fermier par le bailleur, à toutes les choses qui seraient immeubles par destination, si le propriétaire cultivait lui-même sa terre, pourvu, bien entendu, qu'une convention intervienne à cet égard entre le bailleur et le preneur. Cette extension est autorisée par l'art. 524, qui signale comme immeubles par destination « les semences données aux fermiers ou colons partiaires » (1).

66. Le long article 524, dont nous connaissons les deux premiers alinéas, va maintenant nous indiquer toute une série d'objets qui deviennent immeubles par destination agricole ou industrielle, quand ils ont été placés sur un fonds par le propriétaire pour le service et l'exploitation de ce fonds. Cette énumération n'est pas limitative; les termes mêmes du texte : « *ainsi sont immeubles...* » démontrent que le législateur n'a voulu qu'indiquer des exemples; une énumération complète eût été d'ailleurs impossible : les accessoires affectés à l'exploitation d'un immeuble varient, s'accroissent et se multiplient avec la transformation et les progrès de l'agriculture et de l'industrie. Il appartient aux tribunaux de décider suivant les circonstances si tels ou tels objets présentent bien le caractère indispensable d'une affectation nécessaire au service du fonds (2). La loi cite :

« *Les animaux attachés à la culture* ». Si cette hypothèse diffère de celle que prévoit l'art. 522, elle est vraisemblablement relative au cas d'un propriétaire exploitant son fonds lui-même, tandis que l'art. 522 suppose que l'exploitation a été confiée à un fermier.

Les expressions de l'art. 524 comprennent sans aucun doute les animaux directement employés aux travaux agricoles; les bœufs et les chevaux nécessaires au labourage, les bêtes de somme ou de trait.

Conformément à ce qui a été dit plus haut, il n'est pas nécessaire que les animaux soient attachés à perpétuelle demeure

(1) Aubry et Rau, II, § 164, p. 15; Demolombe, IX, n. 236.
(2) Besançon, 13 avril 1892, D., 92. 2. 551.

à la culture du fonds, pour devenir immeubles par destination. Cette circonstance que le propriétaire, en attachant des animaux à la culture de son fonds, se proposerait de les vendre au boucher après leur avoir demandé un certain nombre d'années de travail, n'empêcherait pas qu'ils devinssent immeubles par destination. D'ailleurs il paraît singulier de parler de perpétuelle demeure pour des animaux dont l'existence, du moins celle utile pour le travail, est limitée par la nature à un terme fort court.

En résumé, il faut et il suffit que les animaux placés sur une propriété rurale soient les accessoires nécessaires à l'exploitation agricole. C'est ainsi qu'on est d'accord pour considérer comme immeubles par destination les troupeaux de moutons qu'un propriétaire a attachés à son fonds pour le féconder, surtout si ce procédé était le seul vraiment pratique et si le fonds devait rester sans cela improductif (1). Il en est de même des vaches attachées à des métairies dont l'exploitation principale consiste dans la vente des fromages (2).

Mais il y a difficulté sur le point de savoir s'il faut aussi considérer comme tels les animaux, qu'un propriétaire attache à son fonds en vue de les y faire engraisser et de les vendre ensuite. Nous inclinerions vers l'affirmative; car si ces animaux ne sont pas « attachés à la culture », ils sont au moins « placés sur le fonds pour... son exploitation » : ce qui suffit, aux termes de l'art. 524 pour que l'immobilisation se produise. Beaucoup de terres d'ailleurs ne sont pas susceptibles d'être exploitées autrement que par le pacage des bestiaux; et, si les animaux dont il s'agit ne devenaient pas immeubles par destination, ils pourraient être saisis séparément du fonds, dont l'exploitation serait ainsi entravée,

(1) Aubry et Rau, II, § 164-2°, p. 13 ; Demolombe, IX, n. 235 et 239; Laurent, V, n. 443. — Bordeaux, 14 déc. 1829, S. chr.

(2) Aubry et Rau, II, § 164, p. 13, note 40; Proudhon, *Traité du domaine de propriété et de la distinction des biens*, 1, n. 117. — On a parfois proposé d'étendre la même solution aux étalons d'un haras (Demolombe, IX, n. 209 *bis;* Giraud, *Rev. crit.*, 1864, XXIV, p. 232), mais il faudrait supposer pour cela des circonstances de fait exceptionnelles, comme la création d'un établissement spécialement aménagé à cet effet, ayant pour objet principal et direct l'exploitation d'un domaine. — Aubry et Rau, II, § 164, p. 13, note 40.

contrairement au vœu de la loi (1). La doctrine se prononce en général en sens contraire, et, de la part de ceux qui croient que la perpétuelle demeure est indispensable pour l'immobilisation par destination agricole, cette opinion est logique.

Quant à ceux qui écartent cette condition de perpétuelle demeure, ils peuvent appuyer leur solution d'un motif de quelque valeur : en réalité, l'entreprise d'un propriétaire qui engraisse des bestiaux avec l'herbe de sa prairie n'est pas un mode d'exploitation de la prairie, mais un moyen d'utiliser les produits qu'elle fournit; les bestiaux ne sont pas affectés à l'exploitation du fonds; leur destination intéresse plutôt le produit que le sol lui-même; et, plus exactement encore, on peut dire que c'est l'herbe qui est destinée aux animaux et non les animaux à la prairie; sans doute les animaux que l'on engraisse ont aussi de l'utilité pour la fécondité du sol, mais là n'est pas le but que l'on recherche, ni la destination qu'on leur assigne (2).

Si un doute a pu s'élever dans la dernière hypothèse signalée, il est certain au contraire qu'on ne doit pas considérer comme immeubles par destination les animaux qui servent seulement à l'agrément du propriétaire, comme les chevaux de luxe pour selle ou voiture, les équipages de chasse (3). Il en est de même des animaux élevés et entretenus dans un but de spéculation, comme le croît des animaux, les élèves que le propriétaire aurait l'intention de vendre aussitôt l'occasion favorable. Les volailles, les animaux de basse-cour ne sont pas non plus immeubles par destination; on ne peut en effet soutenir sérieusement qu'ils soient nécessaires à l'exploitation du fonds; on les nourrit et on les élève pour un tout autre service (4).

67. « *Les ustensiles aratoires* ». On tenait dans notre ancien

(1) En ce sens Laurent, V, n. 443.

(2) Aubry et Rau, II, § 164, p. 13; Demolombe, IX, n. 243; Proudhon, I, n. 119; Duranton, *Cours de droit français suivant le code civil*, IV, n. 56; Championnière et Rigaud, *Des dr. d'enreg.*, IV, n. 3196. — La jurisprudence paraît incliner vers cette solution, Bourges, 6 mai 1842, D., 44. 2. 26.

(3) Demolombe, IX, n. 240; Laurent, V, n. 444.

(4) Aubry et Rau, II, § 164, p. 14; Demolombe, IX, n. 244.

droit, que *instrumentum fundi non est pars fundi*. Cela aboutissait à séparer dans bien des circonstances ce qui doit rester étroitement uni, par exemple, ainsi qu'on l'a vu plus haut, à attribuer le fonds au légataire des immeubles et les ustensiles aratoires au légataire des meubles. Pothier avait signalé les vices de cette législation (1).

On ne saurait énumérer tous les ustensiles aratoires susceptibles de devenir immeubles par destination; les outils de jardinage pourraient être compris dans cette catégorie, s'ils étaient attachés à un fonds exclusivement exploité comme jardin; mais on pourrait les considérer comme objet d'agrément, d'utilité domestique, et, par suite, comme des meubles s'ils appartenaient à un propriétaire dirigeant une exploitation agricole et n'ayant un jardin que pour les besoins de la maison (2).

68. « *Les semences données aux fermiers ou colons partiaires* » et aussi celles que le propriétaire, cultivant par lui-même, réserve chaque année pour les semailles de l'année suivante ». Chaque année, dit M. Laurent, la partie de la récolte, qui est destinée à ensemencer les terres est immobilisée dans l'intérêt de l'agriculture (3). Une fois jetées en terre, les semences deviennent immeubles par nature.

On doit assimiler aux semences les oignons et racines de légumes et de fleurs, lorsqu'ils ne sont pas enfouis dans la terre ou qu'ils en sont retirés pour les préserver du froid pendant l'hiver (4).

69. « *Les pigeons des colombiers; — Les lapins de garennes; — Les poissons des étangs* ». C'est par destination agricole que tous ces animaux sont immobilisés. Ils servent dans une certaine mesure à l'exploitation du fonds, aux dépens duquel ils se nourrissent et dont ils augmentent le revenu.

On peut donner aussi, comme motif de l'immobilisation,

(1) V. *supra*, n. 56.

(2) Laurent, V, n. 455; *sic* Aubry et Rau, II, § 164, p. 14, note 44; Demolombe, IV, n. 248.

(3) Cpr. Demolombe, IX, n. 247 *bis;* cet auteur n'indique pas toutefois la réserve signalée au texte.

(4) Demolombe, IX, n. 251; Laurent, V, n. 456. — Paris, 9 avril 1821, S. chr.

cette idée que la loi a considéré, pour ainsi dire, les animaux indiqués comme faisant, en quelque sorte, partie intégrante des colombiers, de la garenne ou de l'étang ; ils sont immeubles autant par « accession » que par « destination » (1) ; on a pris surtout en considération le rapprochement physique, l'union matérielle qui existe entre ces animaux et leurs abris. Aussi peut-on étendre la disposition de l'art. 524 à tout gibier enfermé dans un parc (2). Mais, d'autre part, on doit refuser la qualité d'immeubles par destination aux animaux qui sont en la possession de l'homme, qui sont « appropriés » comme des pigeons dans une volière, des lapins dans un clapier, et des poissons dans un réservoir ou vivier.

70. « *Les ruches à miel* ».

Des raisons au moins égales à celles qui ont fait classer les ruches à miel et les abeilles qu'elles contiennent parmi les immeubles par destination, quand elles ont été placées sur le fonds par le propriétaire, semblent exister en faveur des vers à soie. Souvent ils constituent un mode d'exploitation et l'un des plus productifs du fonds. Au conseil d'Etat, Pelet de la Lozère demanda qu'on les fît figurer à côté des abeilles (3). On lui donna, pour rejeter sa proposition, trois raisons dont la meilleure était encore mauvaise, et voilà comment l'art. 524 ne parle pas des vers à soie. Ce silence calculé suffit-il, comme on l'enseigne, pour décider que les vers à soie ne sont pas immeubles par destination, quand ils ont été placés sur le fonds par le propriétaire pour son exploitation ? Il est permis d'en douter ; car l'énumération que donne l'art. 524, n'est pas limitative ; tout le monde est d'accord sur ce point.

Et qu'importe que les vers à soie ne soient pas compris dans l'énumération légale s'ils rentrent dans l'application du principe qui lui sert de base (4) ?

Citons ici les art. 10 et 11 de la loi du 4 avril 1889 *sur le code rural :*

(1) Demolombe, IX, n. 276 ; Laurent, V, n. 450 ; Proudhon, I, n. 123.

(2) Aubry et Rau, II, § 164, p. 15, note 51.

(3) *Législation civile*, VIII, p. 33 et 36 ; Fenet, XI, p. 30.

(4) Cette solution s'appuie du reste sur un précédent ; la loi du 6 octobre 1791 déclarait les vers à soie « insaisissables pendant leur travail, ainsi que la feuille de « mûrier qui leur est nécessaire pendant leur éducation ».

ART. 10. *Dans le cas où les ruches à miel pourraient être saisies séparément du fonds auquel elles sont attachées, elles ne peuvent être déplacées que pendant les mois de décembre, janvier et février.* La première partie de ce texte fait allusion au cas où les ruches à miel ne sont pas immeubles par destination, ce qui arrivera notamment quand elles auront été placées sur le fonds par un fermier (*supra* n. 59).

ART. 11. *Les vers à soie ne peuvent être saisis pendant leur travail. Il en est de même des feuilles de mûrier qui leur sont nécessaires.*

71. « *Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes* » (1).

Ces objets peuvent aussi bien appartenir à une exploitation agricole qu'à une exploitation industrielle. Il n'y a pas à se préoccuper de leur adhérence avec le sol, de la facilité plus ou moins grande de leur déplacement ni de leur volume. On doit repousser à cet égard toutes les distinctions que les anciens auteurs avaient proposées et que plus d'une coutume avaient consacrées (2). Il suffit que de semblables objets soient affectés à l'exploitation, ce qui est une question de fait à résoudre par le juge. Ainsi les barriques ne sont immeubles que lorsqu'elles sont destinées à rester dans le fonds pour loger la récolte (3). Elles sont meubles, par conséquent, lorsque le propriétaire est dans l'usage de les vendre avec le vin qu'elles contiennent; car on ne peut pas dire alors qu'elles sont attachées au fonds (4).

Les échalas de vignes sont aussi immeubles par destination quand ils ont été placés sur le fonds par le propriétaire dans l'intérêt du fonds. Il n'est pas nécessaire, comme on

(1) Cass., 8 décembre 1885, S., 86. 1. 102, D., 87. 1. 294. Certaines parties du pressoir peuvent même, si elles sont incorporées au sol, avoir la qualité d'immeubles par nature. Caen, 4 novembre 1891, S., 92. 2. 195.

(2) Pothier, qui regardait comme immeubles « les grands pressoirs à arbres ou à roues », refusait la même qualité « aux petits pressoirs à auge ». *De la communauté,* n. 49. — Les coutumes de Melun (art. 283) et de Normandie (art. 515), n'admettaient dans la catégorie des immeubles les « cuves, tonnes, baignoires », que « si elles ne se peuvent ôter sans faire ouverture et sans désassembler ».

(3) Caen, 18 novembre 1863, S., 64. 2. 201.

(4) Aubry et Rau, II, § 164, p. 14; Demolombe, IX, n. 251; Laurent, V, n. 451.

l'enseigne généralement, qu'ils aient été plantés; car ce n'est pas par accession, mais par destination agricole, qu'ils deviennent immeubles (1).

Même solution pour les perches à houblon.

72. « *Les pailles et engrais* ».

Non seulement les pailles et engrais livrés par le propriétaire au fermier, mais encore ceux provenant du fermier, s'il a été convenu que celui-ci les laisserait à sa sortie : ce qui a pour conséquence de les immobiliser par destination (2).

On induit en général du rapprochement que la loi fait entre les pailles et les engrais, qu'elle n'entend parler que des pailles destinées à être transformées directement en engrais, c'est-à-dire de celles qui servent à la litière. Quant aux pailles, foins et avoines destinés à la nourriture des bestiaux, ils ne seraient pas immeubles par destination ; car ils ne servent pas, immédiatement au moins, à l'exploitation du fonds. On a remarqué, en faveur de cette solution, que la rédaction primitive de la loi contenait le mot *foins*, qui a disparu de la rédaction définitive (3).

73. D'après une opinion énergiquement défendue par M. Demolombe, la règle contenue dans l'art. 524, qui répute immeubles certains objets mobiliers affectés au service du fonds, devrait être écartée dans quelques contrées ayant des habitudes et des usages contraires. La volonté du propriétaire est seule capable de conduire à l'immobilisation, de constituer l'attache nécessaire entre les meubles et les objets mobiliers ; or, cette volonté fait défaut là où il est d'usage de ne pas lier indissolublement le fonds et les accessoires ; considérer ces derniers comme immeubles serait contraire à l'intention certaine des parties, qui n'ont pas entendu, par exem-

(1) Aubry et Rau, II, § 164, p. 14; Demolombe, IX, n. 251; Laurent, V, n. 451.

(2) Cass., 30 août 1882, S., 84. 1. 383, D., 83. 1. 213.

(3) Aubry et Rau, II, § 164, p. 14, note 43; Laurent, V, n. 458. — Grenoble, 3 fév. 1851, S., 51. 2. 636, D., 53. 2. 32; on pourrait cependant faire remarquer en sens contraire que l'art. 524 n'est pas limitatif et que le législateur a pu supprimer un exemple, le jugeant inutile, sans vouloir le soustraire à la règle générale précédemment posée; aussi trouve-t-on des décisions judiciaires qui traitent comme immeubles par destination le foin et l'avoine. — Trib. Bourganeuf, 21 juillet 1849, D., 49. 3. 95.

ple, les comprendre dans la vente du fonds, ni dans le legs de l'immeuble (1). Ce système doit être rejeté ; on ne saurait songer, en présence de l'art. 524, à faire revivre les anciennes coutumes locales, quand le propriétaire a placé des objets sur son fonds. Quand ces objets sont nécessaires au service et à l'exploitation du fonds, ils sont immeubles par destination ; cela n'empêchera pas de respecter, le cas échéant, l'intention probable des parties. Malgré l'immobilisation, il est certain, en effet, que les parties peuvent en écarter les conséquences dans les contrats ; ainsi rien n'empêche le vendeur de stipuler que les immeubles par destination ne seront pas compris dans la vente du fonds ; cette clause peut, d'ailleurs, être expresse ou tacite et on peut la tenir pour sous-entendue dans les pays où il est d'usage de contracter ainsi (2). Le juge pourra de même, en face d'un testament, interpréter souverainement la volonté du défunt ; mais, en dehors de ces hypothèses, il faudra tenir compte de l'immobilisation et, spécialement en matière de saisie, les créanciers du propriétaire ne pourraient procéder par voie de saisie mobilière contre les immeubles par destination.

B. *Immobilisation par destination industrielle.*

74. La liste de l'art. 524 ne contient plus qu'un terme : « *Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines* ». Il s'agit des forges destinées à la fabrication du fer.

Ce texte est relatif à l'immobilisation *par destination industrielle*. Le législateur a été bref sur ce point ; à l'époque où le code a été rédigé, l'industrie manufacturière était encore dans l'enfance.

Les conditions exigées pour l'immobilisation industrielle

(1) Demolombe, IX, n. 254 à 256.

(2) Ainsi les pailles et engrais sont, en leur qualité d'immeubles par destination, rattachés au corps de ferme et à l'ensemble du domaine. Lorsque le fonds est démembré et divisé par voie d'aliénation partielle, il faut consulter avant tout l'intention des parties pour savoir si le vendeur a entendu se réserver les pailles et engrais ou en attribuer une part proportionnelle à l'acquéreur d'une partie du domaine (Cass., 1er juil. 1896, D., 97. 1. 388) ou aux acquéreurs des différentes parcelles de la ferme. Nancy, 16 mars 1895, D., 98. 2. 25, et la note de M. de Loynes.

sont les mêmes que celles requises pour l'immobilisation agricole. — Il faut d'abord qu'il y ait un établissement industriel immobilier, un fonds industriel, consistant ordinairement en bâtiments spécialement construits ou appropriés pour l'exercice d'une industrie et auxquels viendront s'attacher en qualité d'accessoires les machines, ustensiles et appareils destinés à exploiter le fonds. S'il n'y a pas d'immeuble industriel, pas d'immobilisation possible. Ainsi le métier qu'un tisserand installe dans la maison qu'il habite, pour l'exercice de sa profession, ne devient pas immeuble. Il faut ensuite que les machines, ustensiles et appareils aient été placés sur le fonds par le propriétaire et qu'ils lui appartiennent. — Il faut enfin que ces machines, ustensiles et appareils soient nécessaires à l'exploitation du fonds industriel.

C. *Immobilisation par destination commerciale.*

75. L'immobilisation peut avoir lieu par destination commerciale aussi bien que par destination agricole ou industrielle.

Les textes n'ont à cet égard rien de restrictif. L'art. 524 parle d'une manière générale des objets que le propriétaire d'un FONDS a placés sur ce fonds pour son service ou son exploitation; il ne dit pas que ce fonds doive nécessairement être un fonds agricole ou industriel; ce pourrait donc être un fonds commercial (1). Nous n'insisterons pas beaucoup, parce que, d'une part, il est peut être difficile de trouver un exemple d'un fonds exclusivement commercial, auquel viennent s'adjoindre en qualité d'immeubles par destination des objets mobiliers affectés à son service et à son exploitation : presque toujours, en pareil cas, un intérêt industriel sera mêlé à l'intérêt commercial et parce que, d'autre part, l'immobilisation par destination industrielle et l'immobilisation par destination commerciale sont gouvernées exactement par les mêmes règles.

76. Il faut, dans les deux cas, un immeuble, soit indus-

(1) L'exploitation pourrait même être à la fois agricole, industrielle et commerciale.

triel, soit commercial, auquel viennent s'adjoindre, en qualité d'accessoires, des objets mobiliers affectés à son service et à son exploitation. Cette condition se trouve réalisée lorsque les bâtiments ont été spécialement construits et aménagés en vue d'une certaine destination industrielle ou commerciale à laquelle ils sont voués, de telle façon qu'ils ne pourraient pas recevoir une autre destination, par exemple celle de servir à l'habitation, sans une dépréciation notable ou une transformation complète des différentes parties de l'édifice. Si l'immeuble dans lequel est exercé un commerce ou une industrie peut aussi bien recevoir une autre destination, alors les meubles qui y ont été placés sont l'accessoire d'une profession, celle de commerçant ou d'industriel, et non d'un immeuble commercial ou industriel. Ils ne peuvent donc être immobilisés par destination, puisqu'il n'y a pas d'immeubles dont ils puissent devenir les accessoires.

Ainsi la première condition qui doit être remplie pour que l'on puisse trouver des immeubles par destination, c'est l'aménagement spécial de l'immeuble, dans un but commercial ou industriel, l'installation d'un bâtiment disposé « tout exprès », comme le disait Pothier (1), pour une exploitation déterminée.

77. Une seconde condition est, en outre, requise ; il faut, en effet, rechercher ensuite parmi les meubles ceux qui répondent à l'aménagement particulier de l'établissement ; il y a, pour ainsi dire, une double destination à envisager ; le bâtiment est-il destiné à recevoir certains objets mobiliers ? Et les objets mobiliers se trouvent-ils destinés à leur tour au service et à l'exploitation de cet établissement ? C'est cette corrélation étroite qui crée l'union intime des meubles et de l'immeuble et qui explique en même temps la fiction légale d'immobilisation.

L'examen de ces deux points soulève, d'ailleurs, des questions de fait très variables, différentes suivant les espèces, et l'on comprend qu'il soit difficile de les examiner toutes en détail ; il suffira de signaler les solutions saillantes, consa-

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, p. 59, et *Des choses*, II, § 1.

crées en jurisprudence, en les rattachant à l'une ou à l'autre des conditions indiquées.

78. Il faut, en premier lieu, a-t-il été dit, examiner l'aménagement spécial de l'immeuble et la destination particulière que sa construction révèle. Ainsi des bâtiments spécialement construits et aménagés pour servir d'hôtellerie, comme le Grand-Hôtel, à Paris, constituent un immeuble commercial ou industriel, et les meubles affectés par le propriétaire au service et à l'exploitation de ces bâtiments deviennent immeubles par destination; tandis qu'il en serait autrement des meubles qu'un propriétaire, exerçant la profession d'aubergiste, aurait placés dans un bâtiment pouvant tout aussi bien servir à l'habitation particulière, ou même dans un bâtiment qu'il a fait spécialement construire en vue de l'exercice de sa profession, mais qui peut, moyennant quelques modifications superficielles et peu coûteuses, recevoir une autre destination, par exemple, être transformé en une maison d'habitation. Il y a bien là une question de fait à résoudre, et c'est pourquoi l'on rencontre des décisions judiciaires en apparence contradictoires, mais, en réalité, rendues sur des espèces différentes (1).

79. En vertu des mêmes principes, il a été jugé avec raison que les objets mobiliers affectés au service des biens dans un établissement thermal, comme les baignoires, les appareils à douches, les cabines et le linge servant aux baigneurs, sont immeubles par destination (2).

Faut-il en dire autant des objets mobiliers destinés, dans un établissement du même genre, à assurer le logement et la nourriture des baigneurs? La négative a été jugée par la

(1) C'est ainsi qu'à peu près à la même date la cour de Caen, 1er avril 1879, S., 80. 2. 331, déclarait immeubles par destination tous les accessoires affectés à un hôtel de bains de mer avec casino, tandis que la cour de Toulouse, 15 mai 1879, S., 80. 2. 231, D., 79. 2. 176, refusait de reconnaître la même qualité aux meubles placés dans un hôtel garni, susceptible d'être affecté à un autre usage sans grande modification. — Cpr. aussi Besançon, 13 avril 1892, D., 92. 2. 551. La cour de cassation a, du reste, reconnu qu'il y avait avant tout une question de fait. — V. Cass., 31 juillet 1879, S., 80. 1. 409, D., 80. 1. 273; 2 août 1886, S., 86. 1. 417, D., 87. 1. 293.

(2) Cass., 9 déc. 1885, S., 86. 1. 201, D., 86. 1. 125.

Cour de cassation [1], qui se fonde sur ce que l'immobilisation par destination ne s'applique qu'aux objets indispensables pour l'exploitation du fonds. Or, le fonds était, dans l'espèce à juger, un établissement thermal et non une hôtellerie [2].

80. Dès qu'il y a un aménagement spécial du bâtiment, la nature de l'industrie ou du commerce est indifférente. Le mot « usines » employé par l'art. 524 ne doit pas être pris dans un sens restreint et limitatif : peu importe qu'il s'agisse de filatures, de tissages mécaniques ou de forges, de papeteries, de verreries, de brasseries ou de distilleries ; on devrait même étendre la portée du texte jusqu'aux théâtres, dont les décors, machines et partitions ont le caractère d'immeubles par destination [3].

81. Après avoir examiné l'aménagement spécial de l'immeuble, on doit rechercher, en fait, quels sont les meubles qui répondent à cet aménagement, ceux qui sont les accessoires indispensables du bâtiment, eu égard à son installation particulière, c'est-à-dire ceux qui se trouvent vraiment attachés au fonds et non aux besoins du propriétaire. La recherche pourra porter aussi bien sur les animaux nécessaires à l'exploitation industrielle que sur l'outillage inanimé. Ainsi les chevaux que le propriétaire d'une usine y attache pour son exploitation sont immeubles par destination, de même que les machines qui fournissent la force motrice. C'est du moins ce que l'on peut induire par argument de l'art. 8 de la loi du 21 avril 1810 : « Sont aussi immeubles par destination, les chevaux, agrès, outils et ustensiles servant à l'exploitation ». Mais il faut que les animaux soient affectés

[1] Si l'on envisageait distinctement l'hôtellerie et les meubles qui s'y trouvent, on pourrait, suivant les conditions indiquées ci-dessus, considérer comme immobilisé par sa destination le mobilier du bâtiment spécialement aménagé pour servir d'hôtellerie.

[2] Cass., 18 novembre 1845, S., 46. 1. 78, D., 46. 1. 36. — Caen, 26 mai 1886, D., 87. 2. 81.

[3] Aubry et Rau, II, § 164, p. 17 ; Demolombe, IX, n. 266 ; Laurent, V, n. 467. — *Contra* Coin-Delisle, sur l'art. 524, n. 64. — Une décision du ministre des finances du 4 mars 1806, met, par faveur sans doute, les machines et décors d'un théâtre au rang des meubles pour la perception des droits d'enregistrement.

au service de l'immeuble; s'ils n'avaient d'utilité que pour le commerçant, dans l'exercice de son commerce, ils échapperaient à l'application de l'art. 524 (1).

82. Même distinction pour les objets inanimés qui composent le matériel et l'outillage. Les machines à vapeur, les métiers et appareils divers d'une usine sont, au premier chef, des immeubles par destination (2), surtout si les mêmes appareils figurent dans les industries similaires; c'est, en effet, une preuve de leur affectation nécessaire au service du bâtiment industriel (3). De même les agrès, outils et ustensiles servant à l'exploitation des mines sont immeubles par destination; si les rails du chemin de fer établi pour le transport des produits de la mine ou de la carrière sont immeubles par nature ou par incorporation, le matériel roulant, les wagons sont immeubles par destination (4).

Le matériel spécial, tonnes, tonneaux, etc., employé dans les chais pour le commerce des vins, peut aussi être considéré comme immeuble par destination (5).

On a pu considérer aussi que les pompes à incendie placées dans des bâtiments plus particulièrement exposés au danger du feu par la nature de l'exploitation dont ils sont le siège, remplissent bien les conditions voulues par l'art. 524 pour avoir la qualité d'immeubles par destination (6).

83. On s'accorde aussi à donner la qualité d'immeubles par destination aux objets qui se trouvent dans un édifice consacré au culte (7); cependant les cloches de l'église ne seraient, dans une opinion, immeubles que si elles répon-

(1) Dijon, 8 juill. 1901, D., 03. 5. 78. — Metz, 2 juin 1866, S., 66. 2. 275, D., 66. 2. 171. — Douai, 12 juillet 1887, *Jurispr. Douai*, 1887, p. 288. Il en serait de même *à fortiori* des chevaux de luxe attelés à la voiture de ville.

(2) Lyon, 17 fév. 1900, D., 03. 2. 249. — Paris, 3 avril 1875, S., 76. 2. 72, D., 76. 2. 239. — L'outillage installé pour la production de l'électricité destinée à éclairer une usine, rentre dans la catégorie des immeubles par destination, Trib. civ. Tarbes, 19 déc. 1898, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 32.

(3) Trib. Angoulême, 27 déc. 1887, *La Loi* du 19 fév. 1888.

(4) Bourges, 22 mars 1867, S., 67. 2. 358, D., 67. 2. 76.

(5) Cass., 8 déc. 1885, S., 86. 1. 202.

(6) Aubry et Rau, II, § 164, p. 20; Demolombe, IX, n. 319.

(7) Liège, 2 juin 1860, *Pas. belg.*, 1861. 2. 111. — Trib. Alençon, 6 oct. 1841, D. *Rép.*, v° *Biens*, n. 117; Demolombe, IX, n. 317; Laurent, V, n. 508.

daient aux conditions de l'article 525 (1). A notre avis, il conviendrait d'opérer un choix parmi les objets qui se trouvent dans les églises; les uns, assez peu nombreux, sont tout à fait indispensables aux cérémonies du culte; ils sont immeubles par destination, conformément à l'art. 524; quant aux autres, qui servent plutôt à l'ornementation du temple, ils ne pourraient être immobilisées par aqupplication de l'art. 525.

84. Les marchandises d'un commerçant ne sont pas immeubles par destination (2); on n'accorde pas non plus cette qualité à des objets mobiliers, tels que les panonceaux d'un officier ministériel et l'enseigne d'un marchand qui, bien que fixés à l'immeuble, ne servent qu'à indiquer la profession du propriétaire (3).

Si l'enseigne, comme objet matériel, n'est pas considérée comme un accessoire immobilier de l'immeuble, l'usage du nom qui s'y trouve est un accessoire du fonds de commerce plutôt que du bâtiment lui-même; aussi, la vente ayant pour objet exclusif l'immeuble occupé par le commerçant ne donne pas à l'acquéreur le droit de reproduire l'enseigne du commerçant; ce droit serait, au contraire, compris en principe dans la vente du fonds de commerce (4).

§ III. *De l'immobilisation par perpétuelle demeure.*

85. « *Sont aussi immeubles par destination, tous les effets* » *mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpé-* » *tuelle demeure* » (art. 524 al. final). De ce texte, il résulte bien que tous les effets mobiliers attachés à un fonds à perpétuelle demeure par le propriétaire sont immeubles par destination, mais non que la perpétuelle demeure soit tou-

(1) Rouen, 26 avril 1866, S., 66. 2. 273, D., 66. 2. 160. — Trib. Annecy, 5 déc. 1889, *La Loi* du 28 déc. 1889.

(2) Ainsi, dans une usine de fabrication de ciments, les sacs, ne devenant nécessaires qu'au moment où la fabrication est terminée, et lorsqu'il s'agit de livrer le produit au client, n'ont pas le caractère d'immeubles par destination. Lyon, 17 fév. 1900, D., 03. 2. 249.

(3) Aubry et Rau, II, § 164, p. 20; Demolombe, IX, n. 283. — Trib. civ. Bordeaux, 7 déc. 1898, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 207.

(4) Angers, 8 nov. 1871, S., 72. 2. 39; Bordeaux, 21 juin 1880, S., 80. 2. 260. — V. Ruben de Couder, *Dic. de dr. comm.*, v° *Enseigne*, n. 17.

jours une condition nécessaire de l'immobilisation. Nous savons que la loi ne l'exige pas pour l'immobilisation par destination agricole, industrielle ou commerciale. Elle n'est requise que dans les autres cas d'immobilisation, par exemple lorsque l'immobilisation a lieu pour l'ornement du fonds.

Il ne s'agit plus ici d'objets nécessaires au service du fonds mais d'objets d'agrément ou d'ornementation, compléments à coup sûr précieux, mais non indispensables ; aussi faut-il trouver un lien nouveau qui unisse plus étroitement le meuble au fonds ; c'est la volonté du propriétaire qui va créer ce lien.

86. Toutefois l'intention du propriétaire ne suffit pas pour réaliser l'immobilisation par perpétuelle demeure ; il faut que cette intention soit manifestée par des signes extérieurs. On ne pourrait, en effet, laisser à l'imagination, au caprice et à la bizarrerie de chacun le pouvoir de créer des immeubles. L'art. 525 dit à ce sujet : « *Le propriétaire est censé avoir » attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle de- » meure, quand ils sont scellés en plâtre ou à chaux, où à » ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être frac- » turés et détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du » fonds à laquelle ils sont attachés.* »

L'art. 525, § 1, pose un principe général qu'il importe de formuler en termes précis, les auteurs n'étant pas complètement d'accord sur ce point. A notre avis la règle se résume dans cette idée que les objets immobilisés doivent être reliés à l'immeuble par une attache matérielle ; l'immobilisation a bien sa cause dans un placement à perpétuelle demeure, mais elle n'est possible que si l'objet mobilier est attaché au fonds lui-même par une union physique assez intime pour qu'il y ait adhésion durable, par exemple s'il est scellé ou si la séparation ne peut s'effectuer sans fracture ni détérioration du meuble ou du fonds (1).

(1) Aubry et Rau, II, § 164, p. 19, note 67 *in fine*, après avoir formulé le même principe qu'au texte, paraissent ensuite l'abandonner pour recourir à une formule plus large (§ 164, p. 19 *in fine*) qui les conduit à ranger parmi les immeubles de l'art. 525 des objets qui répondent plutôt aux conditions de l'art. 524 ; Demolombe,

87. En conséquence, si l'on peut, par application de l'art. 525, considérer comme immeubles par destination les paratonnerres, les marquises et auvents fixés au-dessus des portes d'entrée (1), en revanche on doit refuser cette qualité aux fleurs ou arbustes, tels que les orangers ou autres, placés dans des vases ou dans des caisses (2), sauf en des circonstances très exceptionnelles, par exemple, si les caisses et les pots avaient été encastrés dans un bâtiment, de telle sorte que l'enlèvement entraînât une détérioration appréciable du fonds ; mais on ne devrait pas considérer comme immeubles par destination les plantes en pots ou en caisses, par cela seul qu'elles auraient été placées dans une serre construite ou disposée exprès pour les recevoir ; elles ne sont pas, en effet destinées à l'exploitation du fonds ; leur seul but est l'agrément du propriétaire, l'ornement de l'immeuble (3).

88. Par le même motif on ne doit pas considérer comme immeubles par destination les livres d'une bibliothèque, même si l'appartement a été disposé exprès pour les recevoir (4). Les bancs et autres sièges mobiles d'un jardin n'ont pas davantage le caractère d'immeubles.

Les titres de propriété d'un fonds ou d'une maison échappent aussi à l'application de l'art. 525 (5).

89. Après avoir posé dans le paragraphe 1 un principe

XI, n. 309, adopte aussi des solutions analogues. — La formule du principe est moins flottante dans Laurent, V, n. 546. — Par ailleurs la condition du scellement n'est pas suffisante : ainsi un objet d'art scellé au mur par des considérations de prudence n'est pas nécessairement immeuble par destination ; Paris, octobre 1894, *La loi* du 2 août 1895.

(1) V. *infra*, n. 93.

(2) Pothier, *De la comm.*, n. 347 ; Aubry et Rau, II, § 164 *bis*, p. 22 ; Demolombe, IX, n. 313 ; Laurent, V, n. 457. — *Contra* Duranton, IV, n. 45 ; Marcadé, II, sur l'art. 525, n. 353.

(3) V. les autorités citées à la note précédente. La solution ne varierait pas même dans le cas où les plantes seraient déposées dans une serre faisant partie d'un établissement de pépiniériste ou d'horticulteur ; en effet, elles ne servent pas à l'exploitation du terrain en nature de jardin ; ce n'est pas aux outils qu'il faut les assimiler, mais plutôt aux marchandises d'un commerçant.

(4) Demolombe, IX, n. 314. Il a été très exactement jugé que les fourneaux affectés non pas à l'exploitation d'un domaine ou d'une usine, mais au service d'une habitation bourgeoise, ne peuvent, à moins de circonstances particulières, être réputés immeubles par destination, Cass., 19 oct. 1896, D., 97. 1. 15.

(5) Demolombe, IX, n. 320.

général, l'art. 525 édicte des dispositions spéciales à trois sortes d'objets : les glaces, les tableaux et les statues. Le paragraphe 2 dit d'abord : « *Les glaces d'un appartement » sont censées mises à perpétuelle demeure, lorsque le parquet » sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie* ».

Quand une glace est fixée dans un cadre faisant corps avec la boiserie, elle est censée mise à perpétuelle demeure, parce qu'on ne pourrait pas l'enlever sans détériorer la partie du fonds à laquelle elle est attachée. En effet, si on enlevait la glace ainsi fixée, on mettrait à nu le plâtre ou les briques et on créerait dans le lambris une solution de continuité fort disgracieuse pour l'œil.

D'après une jurisprudence constante (1), que la doctrine approuve en général (2), il n'est pas absolument nécessaire qu'une glace soit placée dans les conditions qu'indique l'art. 525, pour être censée mise à perpétuelle demeure, et devenir à ce titre immeuble par destination. En effet, l'art. 525, §§ 2, 3 et 4, loin de restreindre la portée de la règle écrite en tête de ce texte, avait plutôt pour but, dans la pensée du législateur, de l'étendre et de prévoir des cas particuliers sur lesquels des doutes auraient pu naître, en présence des termes mêmes que l'on avait employés pour formuler la règle. D'ailleurs, les lambris, qui étaient en usage à l'époque où a été décrété le code civil, sont à peu près abandonnés aujourd'hui et il n'y aurait plus guère, dans les constructions modernes,

(1) Cependant des arrêts très anciens avaient consacré une interprétation restrictive de l'art. 525 al. 2, en exigeant de toute nécessité que le parquet fît corps avec la boiserie. — Paris, 20 fév. 1833, S., 34. 2. 80, D., 34. 2. 113; depuis, quelques arrêts ont, au contraire, exagéré l'interprétation extensive, en paraissant se contenter de la preuve d'une intention formelle chez le propriétaire de placer les glaces à perpétuelle demeure, sans exiger aucune condition d'attache ni de scellement. — Cass., 11 mai 1853, S., 53. 1. 570, D., 53. 1. 167. — Trib. Versailles, 21 juin 1855, D., 55. 3. 70. C'est un arrêt de cassation de 1859 qui, le premier, a déterminé la formule exacte pour l'interprétation de l'art. 525, § 2. — Cass., 17 janv. 1852, S., 59. 1. 519, D., 59. 1. 68. — V. dans le même sens Douai, 1er fév. 1900, D., 1900. 2. 447.

(2) Aubry et Rau, II, § 164, p. 19; Demolombe, IX, n. 309; Proudhon, I, n. 149; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, sur l'art. 525, II, n. 27; Duvergier sur Toullier, II, n. 15, note *a*. — Toutefois, Laurent, V, n. 469, Coin-Delisle, *Rev. crit.*, 1853, p. 24; 1854, p. 309; 1858, p. 502, approuvent les solutions restrictives des premiers arrêts.

de glaces immobilisées par perpétuelle demeure, si l'immobilisation ne pouvait résulter que de la circonstance indiquée par notre article. Les juges auront à apprécier, en cas de contestation, si les conditions dans lesquelles la glace a été fixée sont telles que, d'après le principe posé par l'art. 525 al. 1, elle doive être considérée comme attachée au fonds à perpétuelle demeure (1).

90. La loi ajoute : « *Il en est de même des tableaux et autres ornements* ». Il s'agit des tableaux qu'il était d'usage autrefois de placer au-dessus des portes et des cheminées ; leur immobilisation résulte des mêmes circonstances que celle des glaces.

Par suite on devra interpréter l'art. 525, § 3, dans le même sens que l'alinéa précédent et ne pas considérer la disposition qu'il renferme comme limitative ; les tableaux pourront toujours être traités comme immeubles par destination, s'ils répondent aux conditions voulues par le principe général posé en tête de l'article, si notamment on rencontre des conditions d'attache et de scellement.

Il en serait de même de tous autres ornements, comme des tapisseries fixées au mur par un encadrement en bois retenu lui-même par des pattes ou crochets, de telle sorte qu'elles ne pourraient être détachées sans subir une altération, ou sans une détérioration du mur contre lequel elles étaient appliquées (2).

Des tableaux ne doivent jamais être considérés comme immeubles par rapport à la galerie qui les contient, alors même

(1) Cass., 17 janvier 1859, précité. — Limoges, 29 juin 1888, S., 88. 2. 205.

(2) Trib. Nancy, 11 juill. 1883, S., 85. 2. 203 : on pourra consulter aussi un arrêt fort intéressant de la Cour d'Orléans qui avait pour mission délicate de classer en meubles et immeubles par destination les meubles artistiques de tous genres saisis dans le château de Chenonceaux, Orléans, 28 déc. 1888, *Pand. franç.*, 89. 2. 13. — Cpr. enfin Cass., 13 fév. 1878, S., 78. 1. 355, D., 78. 1. 166. — Mais on ne doit pas considérer comme immeubles par destination des tentures appuyées ou attachées au mur assez légèrement pour pouvoir en être retirées sans aucune détérioration de celui-ci et recouvrant un papier peint plus ou moins bien conservé, suffisant pour que l'appartement demeure habitable. Cass., 19 oct. 1896, D., 97. 1. 15. Il en serait autrement si les tapisseries, fixées par des clous sur des châssis de bois, étaient encastrées dans des boiseries et placées devant des murs simplement enduits de mortier. Bourges, 3 déc. 1902, D., 03. 2. 241.

que cette galerie aurait été construite exprès pour les recevoir.

91. On lit dans l'art. 525 alinéa final : « *Quant aux statues, » elles sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche » pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent » être enlevées sans fracture ou détérioration* ».

Les mots « quant aux statues », ainsi que ceux qui terminent l'article, nous indiquent que les statues sont l'objet d'une disposition exceptionnelle ; et, effectivement, le législateur admet, en ce qui les concerne, une dérogation au principe posé par l'art. 525 al. 1. Voilà une statue qui est placée dans une niche pratiquée exprès pour la recevoir ; mais elle n'est ni fixée ni scellée dans la niche ; elle y est simplement posée, de sorte qu'on pourrait l'enlever sans fracture ni détérioration. Cette statue, d'après le principe établi par l'art. 525 al. 1, ne devrait pas être considérée comme immeuble. La loi la déclare telle cependant, et le motif en est palpable : c'est que la statue est le complément de la niche. Sans la statue, la niche ne serait rien moins qu'un ornement (1).

Il y aurait peut-être même motif de décider pour une statue posée sur un piédestal en maçonnerie dans un jardin, et surtout pour une horloge placée dans un pavillon disposé exprès pour la recevoir. Et cependant, comme la disposition de l'art. 525 al. final est exceptionnelle, on peut hésiter à l'appliquer par analogie, même à ces cas si favorables ; et, pour rester d'accord avec les termes mêmes de l'arrêt de cassation de 1878, on devrait exiger pour l'immobilisation de la statue sur piédestal ou de l'horloge une condition d'attache et de scellement, c'est-à-dire appliquer la règle générale de l'art. 525, § 1 (2).

(1) Paris, 20 nov. 1877, S., 78. 2. 293, D., 78. 2. 197.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Biens*, § 1, n. 17 ; Duvergier sur Toullier, III, n. 15, note 6 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, p. 153 ; Proudhon, I, n. 155 ; Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, II, n. 37 *bis*, IV ; Laurent, V, n. 471. — *Contra* Aubry et Rau, II, § 164, p. 19 ; Demolombe, IX, n. 312. — Une mosaïque formant le pavage d'un édifice et adhérente au sol est un immeuble par nature. Cass., 13 décembre 1881, S., 82. 1. 255, D., 82. 1. 55.

§ IV. *Comment cesse l'immobilisation.*

92. L'immobilisation par destination, étant créée par la volonté du propriétaire, peut cesser par une volonté contraire, c'est-à-dire dès que cesse la cause qui avait produit l'immobilisation. Conformément aux règles du droit commun, qui doivent être ici appliquées, la loi n'y ayant pas dérogé, la volonté du propriétaire de faire cesser l'immobilisation par destination peut être manifestée expressément ou tacitement, *aut verbis, aut facto.* — *Expressément,* par exemple, si, en vendant une maison, il déclare se réserver le droit de conserver certains objets mobiliers attachés à la maison à perpétuelle demeure, auxquels il retire la qualité d'immeubles par destination. — *Tacitement,* s'il accomplit un fait contraire à celui qui a produit l'immobilisation, par exemple s'il descelle des objets qu'il avait immobilisés en les scellant, ou s'il vend les objets qui sont immeubles par destination sans vendre en même temps le fonds auquel ils sont attachés (1). Lorsque le propriétaire, en vendant le fonds, se réserve les immeubles par destination ou lorsqu'il vend les immeubles par destination séparément du fonds, le contrat fait en vue et sous la condition d'une séparation éventuelle met fin juridiquement à l'immobilisation, avant même que les objets immobilisés n'aient été matériellement déplacés et détachés du fonds (2).

Ces solutions sont applicables aussi bien aux objets immobilisés par le placement à perpétuelle demeure qu'à ceux dont l'immobilisation a pour cause le service du fonds; lorsque l'affectation au service et à l'exploitation de l'immeuble prend fin, l'immobilisation cesse aussitôt (3).

(1) Douai, 6 décembre 1886, S., 88. 2. 115, sauf l'exercice de l'action paulienne en cas de fraude à l'égard des créanciers hypothécaires. — Cass., 21 novembre 1894, D., 95. 1. 277.

(2) V. *supra,* n. 49 s. — Cf. Lyon, 20 juillet 1888, *Mon. jud. Lyon,* du 13 octobre 1888. — Trib. Annecy, 29 juin 1888, *le Droit,* du 25 octobre 1888.

(3) Bourges, 9 février 1830, S. chr., D., 30. 2. 134. — Laurent, V, n. 476.

§ V. *Distinction des immeubles par nature, des immeubles par destination et des meubles.*

93. Il reste une question, et elle n'est pas sans difficulté. Comment distinguer dans un bâtiment les parties qui sont immeubles par nature et celles qui sont immeubles par destination? Bien des solutions ont été proposées. Dans un premier système les immeubles par destination ne comprendraient que les objets mobiliers placés à perpétuelle demeure sans aucune attache matérielle avec le fonds. Les immeubles par nature engloberaient au contraire tous les objets qu'un lien physique unit à l'immeuble (1). Ce système a l'inconvénient de sacrifier l'art. 525 pour donner une portée trop large à l'art. 518. En sens inverse une autre opinion, croyant pouvoir s'appuyer sur l'autorité de Pothier, considère comme immeubles par destination tous les objets qui servent à compléter la maison, *ad integrandum domum* (2); mais c'est là dénaturer l'opinion même de Pothier, restreindre à l'excès et sacrifier l'art. 518 au profit de l'art. 525. La meilleure solution nous paraît être celle qui, conciliant l'art. 518 avec l'art. 525, sans sacrifier l'un de ces deux textes à l'autre, considère comme immeuble par nature tout ce qui fait partie intégrante et constitutive du bâtiment, tout ce sans quoi le bâtiment ne serait pas complet comme tel; et, comme immeubles par destination tous les objets qui, sans être une partie intégrante et constitutive du bâtiment, y ont été attachés pour son usage ou son agrément, ou pour son service et son exploitation, s'il s'agit d'un fonds commercial ou industriel (3). D'après ce *criterium*, il faudrait considérer comme immeubles par nature, non seulement les murs et la toiture d'un bâtiment, mais aussi les escaliers, les parquets, les boiseries, les placards, les chambranles des cheminées, les fenêtres, les contrevents et même les volets mobiles d'une boutique et les serrures des portes avec leurs clefs (4), peut-être aussi, mais cela est plus dou-

(1) Marcadé, sur l'art. 524-2°, n. 350 *bis*.
(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 27.
(3) Aubry et Rau, II, § 164, p. 17, note 62; Demolombe, IX, n. 286.
(4) On pourrait cependant concevoir quelques doutes sur l'exactitude de la

teux, les tuyaux destinés à la conduite des eaux dans la maison ou à l'égout des eaux pluviales et ménagères. On devrait considérer au contraire comme immeubles par destination les étagères fixées dans les cuisines, les fourneaux scellés dans le sol et les paratonnerres (1).

94. L'intérêt principal qu'il peut y avoir à distinguer les immeubles par nature des immeubles par destination, consiste en ce que les locataires, fermiers, usufruitiers, et en général tous ceux qui détiennent la chose à titre précaire, ne peuvent pas créer d'immeubles par destination (*supra*, n. 59), tandis qu'il peuvent créer des immeubles par nature. Ainsi un locataire fait refaire les parquets de la maison qu'il habite; ces parquets deviendront immeubles. Voilà, au contraire, un locataire qui fait mettre des étagères dans une cuisine ou qui y fait sceller un fourneau; ces objets ne deviendront pas immeubles; il aura donc le droit de les enlever, sauf à rétablir les lieux dans leur ancien état.

95. D'autres intérêts s'attachent encore à la distinction signalée. C'est ainsi que les dispositions des art. 554 et 555 ne s'appliquent qu'aux objets devenus immeubles par nature; il peuvent tomber dans le patrimoine du propriétaire du sol, tandis que ceux compris dans la classe des immeubles par destination continuent toujours d'appartenir à leur ancien maître (2).

solution qui range dans les immeubles par nature les volets mobiles et les clefs des bâtiments; il n'y a aucune incorporation matérielle et l'on détourne les mots de leur sens le plus ordinaire en disant d'un objet mobile et transportable qu'il est immeuble par nature. Un pareil objet pourrait bien avoir le caractère d'immeuble, mais ce serait un immeuble par destination, conformément à l'art. 524, comme accessoire nécessaire destiné au service du fonds, au même titre que le bac destiné au passage des habitants d'une maison située sur le bord d'une rivière ou que la pompe à incendie dans les conditions ci-dessus indiquées. V. en ce sens Planiol, *op. cit.*, I, n. 828 et 830. Les meilleurs auteurs partagent toutefois l'opinion indiquée au texte. — Aubry et Rau, II, § 164, p. 18; Demolombe, IX, n. 291-293; Laurent, V, n. 404; un auteur considère les objets dont il s'agit comme tombant sous l'application de l'art. 525; Duranton, IV, n. 70.

(1) V. *supra*, n. 87, note 2. — Planiol, *op. cit.*, I, n. 830, considère ces objets comme immeubles par nature, comme faisant, en réalité, partie de la construction.

(2) Demolombe, IX, n. 297. — Paris, 9 avril 1821, S. chr.

L'intérêt de la distinction est encore évident quand un acte contient une clause applicable seulement aux immeubles par destination, soit qu'il s'agisse d'une vente ayant uniquement pour objet cette sorte de biens ou contenant une réserve à leur égard, soit qu'il s'agisse d'un legs limité aux immeubles par nature (1).

L'intérêt se manifeste aussi au point de vue de l'application de l'art. 2102-4°; le vendeur d'effets mobiliers non payés ne peut exercer la garantie du privilège si l'objet vendu est devenu immeuble par nature (2).

Enfin, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'expropriation ne porte que sur les immeubles par nature; le prix en est dû au propriétaire, mais non celui des objets rendus à leur nature de meubles après l'expropriation du fonds (3).

96. S'il est utile de séparer les immeubles par destination des immeubles par nature, il n'est pas moins nécessaire de distinguer les immeubles par destination des meubles par nature, la différence étant considérable entre les deux catégories de biens. L'immobilisation par destination soumet, en effet, les objets qu'elle atteint aux règles écrites pour les immeubles par nature, sauf les restrictions qui viennent d'être signalées. Ainsi, en l'absence d'une convention particulière, les immeubles par destination ne tombent pas en communauté (4); ils sont atteints par l'hypothèque qui grève le fonds (5); la saisie immobilière pratiquée contre le fonds s'applique, croyons-nous, à tous les immeubles par destination qui y sont attachés (6); la vente du fonds sans réserve expresse ou tacite comprend les immeubles par destination (7).

(1) Demolombe, IX, n. 301.

(2) La question de savoir si le privilège subsiste sur les objets devenus immeubles par destination est controversée. — V. le *Traité des privilèges et hypothèques.*

(3) Demolombe, IX, n. 303.

(4) Bruxelles, 22 mars 1837, *Pasicr. belge*, 37. 2. 65. — Laurent, V, n. 474.

(5) Cass., 18 nov. 1844, S., 46. 1. 566, D., 45. 1. 55. — Douai, 12 janv. 1887, S., 87. 1. 254.

(6) Cass., 12 nov. 1890, S., 91. 1. 76. — Bordeaux, 23 avril 1875, S., 75. 2. 295; 2 août 1887, *Journ. arr. Bordeaux*, 1887, 1. 471.

(7) Nancy, 30 déc. 1871, S., 72. 2. 108. — Demolombe, IX, n. 247; Laurent, V,

Il est important, on le voit, de faire une exacte application des principes contenus dans les art. 524 et 525 pour éviter toute confusion entre les objets mobiliers qui conservent leur qualité de meubles par nature et ceux qui ont été immobilisés comme accessoires d'un immeuble.

SECTION III

DES IMMEUBLES PAR L'OBJET AUQUEL ILS S'APPLIQUENT

§ I. *Criterium servant à fixer le caractère immobilier d'un droit.*

97. Cette troisième catégorie comprend certains droits. Il s'agit donc d'immeubles incorporels.

A raison de leur nature, les droits sembleraient devoir échapper à la distinction des biens en meubles et en immeubles. Comment dire en effet d'un droit, qui, en sa qualité de chose incorporelle, n'a pas de situation déterminée, qu'il peut être meuble, c'est-à-dire susceptible de déplacement, ou immeuble, c'est-à-dire fixé, immobilisé en un certain lieu, et par suite intransportable? Mais il y aurait eu de graves inconvénients à laisser les droits en dehors de la *summa divisio rerum*. Ainsi, sous le régime de la communauté légale, qui forme le régime matrimonial de droit commun en France (art. 1393), tous les meubles appartenant aux époux lors du mariage tombent dans la communauté (art. 1401-1°); tous les immeubles qui leur appartiennent à cette même époque en sont au contraire exclus, et leur demeurent propres (art. 1404). Que seraient devenus les droits appartenant aux époux, s'ils avaient échappé à la distinction des meubles et des immeubles? Dans cette même supposition, à qui aurait-on attribué les droits dépendant de la succession d'une personne

p. 472. — En cas de vente partielle du fonds, le juge appréciera en fait dans quelle mesure le contrat s'applique à l'ensemble des immeubles par destination dépendant du fonds. Une difficulté analogue peut se présenter pour fixer l'étendue d'un droit d'hypothèque. — Nancy, 19 février 1881, S., 82. 2. 161. — La distinction des immeubles par destination et des meubles peut encore offrir de l'intérêt en cas d'incendie entraînant la responsabilité du détenteur de l'immeuble. — Cpr. Cass., 13 nov. 1878, S., 79. 1. 34; 30 août 1882, S., 84. 1. 383, D., 83. 1. 213.

décédée qui a laissé un légataire de tous ses meubles et un légataire de tous ses immeubles?

98. Reste à savoir comment on déterminera si un droit est mobilier ou immobilier. Le législateur a adopté à cet égard une règle fort simple. La nature du droit sera déterminée d'après son objet : le droit dont l'objet est immobilier sera immobilier; celui dont l'objet est mobilier sera mobilier. La même règle est applicable aux actions qui, à bien dire, ne sont pas distinctes des droits d'où elles dérivent, puisque l'action n'est autre chose que le droit lui-même à l'état de lutte judiciaire. Quelques auteurs (1) ont cependant soutenu que l'action résultant de la réclamation exercée en justice était un bien véritable, distinct du droit. Mais on a fait remarquer avec raison que la possibilité d'obtenir justice des tribunaux ne dérive pas de la demande intentée mais d'une cause antérieure, du droit même dont la violation a fait naître la réclamation. Le droit et l'action sont donc deux mots différents qui s'appliquent à un bien unique et s'emploient, le premier, pour indiquer de préférence le rapport juridique à l'état de paix, l'exercice normal et tranquille, avec ses conséquences naturelles, exemptes de trouble; le second, pour marquer la sanction possible ou effective d'une violation tentée ou consommée. Aussi trouve-t-on dans le code indifféremment employé un mot pour l'autre; souvent un même texte les réunit; de préférence, toutefois, le code use du mot *action* quand il s'agit de fixer les pouvoirs d'un administrateur légal, parce que le terme se réfère à l'exercice le plus grave du droit, puisque c'est l'existence même de ce droit qui est mis en question dans le procès intenté. L'assimilation du droit et de l'action se révèle dans l'ancien adage *Actio quæ tendit ad mobile est mobilis, ad immobile immobilis.*

99. Ainsi, pour arriver à la classification des choses incorporelles, en meubles et en immeubles, on a confondu le droit et l'objet; on a envisagé dans le droit son élément matériel. C'est là une règle qui se présente assez naturellement à l'es-

(1) Demante, I, n. 526, note 1 et II, n. 361 *bis;* Duranton, IV, n. 17 et XVI, n. 307.

prit : les jurisconsultes romains l'avaient déjà appliquée à certains droits réels, comme les servitudes et l'usufruit. Dans l'ancien droit, le même principe avait prévalu, mais devant la nécessité de comprendre dans la catégorie des immeubles tous les biens de quelque valeur, il avait fléchi plus d'une fois et l'on avait cru devoir imposer un caractère immobilier à des droits dont l'objet n'aurait pu trouver place parmi les immeubles. Le code a répudié toutes les dérogations anciennes et l'application du principe serait rigoureusement absolue, si depuis la rédaction du code, quelques lois n'étaient venues créer certaines exceptions nouvelles, qui forment la catégorie des *immeubles par la détermination de la loi.*

100. Nous trouvons dans l'art. 526 une énumération incomplète des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, c'est-à-dire, ainsi qu'on vient de le voir, des droits ou actions ayant des immeubles pour objet. « *Sont immeubles par* » *l'objet auquel ils s'appliquent, — L'usufruit des choses* » *immobilières; — Les servitudes ou services fonciers; — Les* » *actions qui tendent à revendiquer un immeuble* ».

101. La division *des droits* en meubles et en immeubles est une classification arbitraire et non une distinction de nature. Au contraire la division des droits en réels et personnels, que l'on retrouvera plus tard (1), repose sur la nature intrinsèque des droits. Il importe d'éviter toute confusion entre ces deux distinctions : les droits réels se dédoublent, en effet, comme les droits personnels, en droits mobiliers et immobiliers.

§ II. *Application aux droits réels.*

102. Appliquée aux droits réels, la règle d'après laquelle on doit envisager l'objet d'un droit pour donner à ce droit la qualité de meuble ou d'immeuble, conduit à des résultats très simples, très sûrs et très exacts. L'objet propre et direct du droit réel est une chose corporelle, physique, matérielle, un meuble ou un immeuble ; il est aisé de comprendre, par suite, comment le droit emprunte directement son caractère mobilier ou immobilier à l'un de ses éléments essentiels, à son

(1) V. *infra*, n. 183 et *supra*, n. 3 s.

objet. Une chose corporelle étant immeuble, tous les droits réels dont cette chose sera l'objet seront aussi immobiliers. Lorsqu'on connaît la distinction des choses corporelles en meubles et en immeubles, il n'y a plus de difficulté sérieuse pour marquer le caractère mobilier et immobilier d'un droit réel; la seule recherche délicate est celle des droits réels eux-mêmes.

103. Parmi les droits réels « principaux » l'art. 543 signale le droit de propriété, l'usufruit et les servitudes. On devrait donc tout d'abord ranger parmi les droits immobiliers le droit de propriété portant sur un immeuble. Cependant la loi ne le mentionne pas, parce que, conformément à une tradition séculaire, elle le considère comme s'identifiant avec la chose sur laquelle il porte, et comme se confondant par suite avec son objet (*supra*, n. 9).

On pourrait, en cherchant à pallier le défaut de méthode du code civil, considérer dans une analyse rigoureusement juridique, l'étude des immeubles corporels comme la partie fondamentale de l'étude des droits immobiliers, puisqu'elle a pour objet « la propriété des choses immobilières ». L'art. 526 n'en serait que le complément ; son énumération commence à l'usufruit parce que le droit de propriété a fait l'objet d'une étude complète et détaillée dans les articles précédents (1).

Si le droit de propriété sur un immeuble est incontestablement immobilier, il en est de même des diverses manifestations de ce droit, telles que la propriété du dessus et la propriété du dessous. Seulement, étant donnée la méthode du législateur, le droit de *superficie*, par exemple, n'est pas un des immeubles visés par l'art. 526 ; c'est un droit de propriété *sui generis* qui se confond encore avec son objet ; c'est un immeuble « corporel », d'après la classification du code (2).

104. Si l'art. 526 ne parle pas du droit de propriété il signale, en revanche, comme l'art. 543, l'usufruit et les servitudes :

(1) Cpr. Aubry et Rau, II, § 165, p. 23, note 2 ; Demolombe, IX, n. 331 ; Laurent, V, n. 484.

(2) Aubry et Rau, II, § 223, p. 440 ; Demolombe, IX, n. 483 *quater* ; Laurent, V, n. 485. — Cass., 27 avril 1891, S., 91. 1. 369 et la note de Labbé.

1° L'usufruit est un droit réel de jouissance sur un bien appartenant à autrui (art. 578). Il peut porter aussi bien sur des meubles que sur des immeubles (art. 581). D'après notre principe, le droit d'usufruit sera immobilier quand il portera sur un immeuble, mobilier quand il s'appliquera à des meubles.

La loi ne parle pas du droit d'habitation ni du droit d'usage. Le droit d'habitation, s'appliquant nécessairement à un immeuble (art. 632), est toujours immobilier. Quant au droit d'usage, qui, comme on le verra plus tard, n'est qu'un diminutif du droit d'usufruit, il peut, ainsi que ce dernier, porter soit sur des meubles, soit sur des immeubles ; par conséquent il est tantôt mobilier, tantôt immobilier.

105. 2° La servitude suppose deux immeubles, appartenant à des propriétaires différents, dont l'un est assujetti à l'autre (art. 637), comme si votre fonds doit un passage au mien (servitude de passage). Le droit de servitude est donc immobilier, puisqu'il porte sur un immeuble.

106. Lorsque l'on considère le droit résultant d'un contrat de bail au profit du preneur comme un droit réel, il a nécessairement un caractère immobilier, si le bail porte sur un immeuble, terre ou maison. En admettant de préférence la personnalité du droit du preneur, on peut, au contraire, hésiter sur son caractère mobilier (1).

Quant à l'emphytéose, qui, d'après la loi de 1902, a le caractère d'un droit réel, ayant pour objet un immeuble, on doit aussi la ranger dans la catégorie des droits immobiliers.

107. Quant aux droits réels accessoires, tels que le privilège et l'hypothèque, l'art. 526 les passe sous silence comme l'art. 543. On a pu concevoir par suite quelques doutes sur leur véritable caractère, mais on doit leur appliquer la même règle qu'aux droits réels principaux : c'est ainsi qu'il faut considérer le privilège portant sur un immeuble et l'hypothèque comme des droits immobiliers (2).

(1) V. *Traité du contrat de louage*, I, n. 531 et 532.
(2) V. *infra*, sur l'art. 2114.

§ III. *Application aux droits personnels.*

108. L'art. 526 signale, en terminant, *les actions qui tendent à revendiquer un immeuble*. Comment comprendre cette disposition finale du texte? L'action en revendication d'un immeuble est incontestablement immobilière. On appelle action en revendication l'action par laquelle on réclame la propriété d'une chose à celui qui la détient sans droit, prétendant en être propriétaire. L'action en revendication est la sanction du droit de propriété ; elle est donc de la même nature que le droit dont elle dérive ou plutôt avec lequel elle s'identifie : par conséquent immobilière, si ce droit, portant sur un immeuble, est immobilier.

Mais il est peu probable que ces mots de l'art. 526 « actions qui tendent à revendiquer un immeuble » fassent allusion à la revendication des immeubles. Autrement le texte prêterait à une double critique. Il contiendrait d'abord une mention inutile : pourquoi parler, en effet, des actions immobilières quand on s'est déjà expliqué sur les droits réels immobiliers, puisque l'action et le droit s'appliquent à un même bien? D'autre part, l'art. 526, dont le dernier alinéa serait ainsi superflu, aurait une lacune, puisqu'il ne dirait rien des droits personnels. Mais le texte contient bien tout ce qu'il faut et rien de plus ; sa rédaction est seulement obscure et vicieuse : c'est la seule critique qu'il convient de formuler. Malgré l'apparence des termes, l'art. 526 *in fine* ne s'occupe pas des actions réelles, ni de l'action confessoire ou négatoire d'usufruit, puisqu'on y trouve le mot « revendication », ni même de l'action en revendication proprement dite. En effet le législateur n'a pas parlé du droit de propriété portant sur des immeubles, comment aurait-il songé à l'action qui protège ce droit, qui est destinée à le faire reconnaître lorsqu'il est contesté? Et puis s'il avait eu en vue l'action en revendication, il aurait dit probablement : *les actions en revendication des immeubles*, et non : *les actions qui* TENDENT *à revendiquer un immeuble*. Cette formule, qu'on trouvera peut-être singulière, paraît être une traduction de l'ancien adage *Actio quæ* TENDIT *ad quid immobile est immobilis*, et par conséquent elle comprend,

comme l'adage même, les actions personnelles immobilières (l'action en revendication est une action réelle), en vue desquelles elle semble avoir été surtout écrite. Seulement il faut bien reconnaître que la formule employée par le législateur est défectueuse. Le mot *revendiquer*, qui est technique pour désigner l'action réelle, ne devait pas être employé dans un texte qui vise surtout les actions personnelles. Il eût mieux valu dire : les actions qui tendent à faire rentrer un immeuble dans notre patrimoine.

109. Ainsi l'art. 526, dans son dernier paragraphe, met au rang des immeubles incorporels des droits personnels ou, suivant les termes employés, des « actions personnelles ». A la vérité, l'application de la règle qui détermine le caractère mobilier ou immobilier d'un droit, d'après son objet, paraît ici beaucoup plus douteuse. L'objet direct du droit personnel est un fait ou une abstention et, par suite, on ne peut rigoureusement prétendre qu'un droit personnel puisse être immeuble par l'objet auquel il s'applique, puisque l'objet propre du droit n'est lui-même ni meuble, ni immeuble. Cependant il y a des cas où le fait dû par le débiteur consiste dans le transfert d'une chose ou la constitution d'un droit réel sur un objet déterminé ; on dit alors que l'obligation du débiteur est une obligation de *dare*. Si l'objet à propos duquel est dû ce fait spécial a la qualité d'immeuble, le droit d'exiger l'exécution de ce fait est lui aussi immobilier (1).

Deux conditions sont donc indispensables pour qu'un droit

(1) La solution s'explique aisément ; le fait promis se confond ici en quelque sorte avec son résultat et l'on dit volontiers de celui qui s'est engagé à donner une chose, qu'il doit cette chose, comme si la chose était l'objet direct de l'obligation. Cette méthode a parfois été critiquée. Dans l'ancien droit, Voët ne voulait attribuer le caractère immobilier qu'à des actions réelles ; les actions personnelles auraient toujours été mobilières pour ce motif très douteux qu'existant dans la personne du débiteur, elles sont mobilières comme lui ; au lieu de se référer à l'objet, Voët envisageait ainsi un autre élément du droit, le sujet passif. Voët, *ad Pandectas*, L. I, t. VIII, n. 2 ; Merlin, qui adopte la même solution, l'appuie sur un autre motif plus séduisant ; le droit personnel, en cas d'inexécution, se résout en dommages-intérêts ; son résultat extrême et nécessaire est mobilier. *Rép.*, v° *Nantissement*, § I, n. 5 : mais l'exécution en nature est possible, précisément quand il s'agit d'une dation et puis le caractère d'un droit ne saurait dépendre du résultat attaché à l'inexécution de l'obligation.

personnel soit immobilier: 1° une obligation de *dare;* 2° une dation relative à un immeuble. Toutes autres obligations de faire ou de ne pas faire sont mobilières (1).

110. Aucun doute n'existe si l'objet unique de la dation est un immeuble ; mais que décider si le créancier peut réclamer la délivrance de meubles et d'immeubles tout à la fois ? En réalité, le droit se dédouble ; il est mobilier à l'égard des meubles compris dans l'obligation et immobilier à l'égard des immeubles.

Si l'obligation est « alternative » et que les choses à livrer soient des meubles ou des immeubles, la qualité du droit reste incertaine jusqu'à l'exercice de l'option ; si l'option s'exerce en faveur des meubles, le droit revêt un caractère mobilier, sinon le droit aura un caractère immobilier (2).

La qualité du droit apparaît au contraire immédiatement déterminée dans l'obligation « facultative », l'objet mis *in facultate solutionis* n'ayant pas d'influence sur le caractère du droit résultant de l'obligation (3).

111. Cela posé, il y a lieu de considérer comme immeubles par l'objet auquel elles s'appliquent :

1° Les actions en nullité ou en rescision d'un contrat translatif de propriété immobilière, d'une vente d'immeuble par exemple ; de même l'action révocatoire qui appartiendrait à la femme mariée sous le régime dotal pour faire annuler la vente d'un immeuble compris dans la dot ;

2° L'action en révocation d'une donation immobilière ; de même l'action en réduction de legs ou de donations d'immeubles portant atteinte à la réserve, ainsi que l'action en nullité d'un legs ayant pour objet un immeuble ;

3° L'action en délivrance d'un immeuble, au moins quand cette délivrance devra avoir pour résultat de transférer la propriété à celui auquel elle est faite, ce qui arrive rarement dans notre droit. Voyez l'explication de l'art. **1138** ;

4° L'action de réméré dérivant d'une vente d'immeuble ;

(1) Aubry et Rau, II, § 165, p. 25 et 28 ; Demolombe, IX, n. 372 à 376 ; Laurent, V, p. 488. — V. au surplus, *infra*, n. 130.

(2) Aubry et Rau, II, § 165, p. 31 ; Demolombe, I, n. 350.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Demolombe, IX, n. 351.

5° L'action en résolution d'une vente d'immeuble pour défaut de paiement du prix;

6° L'action en rescision d'une vente d'immeuble pour lésion de plus de sept douzièmes.

Sur les quatre derniers points il y a quelques difficultés; elles seront examinées en temps et lieu.

112. On examinera de même au titre du contrat de mariage la nature de l'action en reprises qui a soulevé une si vive et si intéressante controverse, tranchée finalement en jurisprudence dans le sens du caractère mobilier de cette action.

113. On a recherché aussi quel était le caractère de l'action intentée contre l'usurpateur d'un immeuble qui aurait vendu le bien à un tiers devenu propriétaire par l'effet de l'usucapion de dix à vingt ans. Le problème se résoud par une distinction; si l'ancien propriétaire agit dans l'ignorance de l'usucapion accomplie au profit du tiers acquéreur, il exerce une action en revendication basée sur son droit de propriété qu'il suppose toujours existant; c'est une action réelle immobilière. Si, au contraire, il agit sachant l'usucapion accomplie, c'est une action en indemnité qu'il intente contre l'usurpateur, c'est-à-dire une action personnelle mobilière (1).

114. On s'est demandé enfin quel était le caractère des actions relatives à l'état des personnes, des questions d'état. Il vaut mieux les laisser complètement en dehors de la classification des biens, meubles et immeubles; elles obéissent à des règles particulières et il n'y aurait aucun intérêt pratique à les placer dans la classe des meubles ou dans celle des immeubles ; du reste les actions qui intéressent l'état des personnes ne doivent pas, en principe, être considérées comme des biens véritables, comme des éléments du patrimoine (2).

(1) Cpr. Demolombe, IX, n. 366-368.
(2) V. *supra*, n. 2.

SECTION IV

DES IMMEUBLES PAR DÉTERMINATION DE LA LOI (1)

115. Cette dernière catégorie, qui contient un très petit nombre de termes, a fait son apparition postérieurement à la promulgation du code civil. Elle comprend un certain nombre de droits par eux-mêmes mobiliers, qui tomberaient sans aucun doute sous l'application de l'art. 529 si une disposition légale ne leur avait attribué expressément et par dérogation la qualité d'immeubles. On ne saurait, par suite, songer à étendre la liste de ces droits au delà des termes formels de la loi. Les dispositions législatives qui ont permis d'immobiliser certains droits mobiliers sont les suivantes :

1° L'art. 7 du décret du 16 janvier 1808 autorise ceux qui sont propriétaires d'actions de la Banque de France à les immobiliser, sous la seule condition d'en faire la déclaration dans la forme prescrite pour les transferts. Les actions ainsi immobilisées sont régies par les mêmes lois que les immeubles, notamment en ce qui concerne l'aliénation et l'hypothèque (2). Celui de qui l'immobilisation émane peut la faire cesser (l. 17 mai 1834, art. 5). Mais l'aliénation des actions n'a pas pour effet de les mobiliser, ni d'obliger l'acquéreur, désireux de maintenir l'immobilisation, à remplir lui-même une seconde fois les conditions requises à cet effet; l'immobilisation subsiste tant que les formalités prévues pour la faire cesser n'ont pas été remplies. La faculté accordée par l'art. 7 du décret du 16 janvier 1808 fut étendue :

a. Aux propriétaires d'actions du canal du Midi. L'art. 13 du décret du 10 mars 1810, toujours en vigueur, dit à ce sujet : « Les actions de la compagnie du canal du Midi, pour » leur immobilisation, leur inaliénabilité, leur disposition et

(1) Cette terminologie, généralement adoptée, n'est peut-être pas très satisfaisante ; le code emploie les mêmes expressions dans l'art. 529 et la similitude des termes pourrait faire croire à une analogie de causes et de principes qui est loin d'exister. Il serait préférable de corriger cette expression ou mieux encore celle de l'art. 529. V. au surplus *infra*, n. 119.

(2) Cpr. Cass., 22 mai 1833, S., 33. 1. 517, D., 33. 1. 219. Ces valeurs sont assujetties à la contribution foncière (L. 18 avril 1831).

» jouissance sont assimilées, en tout, aux actions de la Ban- » que de France ».

b. Aux propriétaires d'actions des canaux d'Orléans et du Loing. Décret du 16 mars 1870, art. 13. Mais cette disposition se trouve aujourd'hui sans objet, les actions des canaux d'Orléans et du Loing ayant été rachetées en exécution de la loi du 1er avril 1860 qui en autorisa l'expropriation pour cause d'utilité publique. Ces canaux font aujourd'hui partie du domaine public.

116. 1° Des rentes sur l'Etat ont pu être immobilisées pour la fondation de majorats, en vertu d'un décret du 1er mars 1808. Cette cause d'immobilisation a cessé d'exister, la loi du 12 mai 1835 ayant défendu toute institution de nouveaux majorats. Mais l'immobilisation réalisée en vue de majorats antérieurement créés a continué à subsister pour toute la durée assignée à ces majorats par l'art. 2 de la loi précitée du 12 mai 1835 et par les art. 1 et 2 de la loi du 7 mai 1849.

117. Aux termes de l'ordonnance du 2 avril 1817 (art. 1 et 6), les rentes sur l'Etat et sur les villes doivent être immobilisées, lorsqu'elles sont acquises par les communes et par certains établissements publics en remploi d'effets immobiliers donnés ou légués (1).

Les lois de finances du 2 juillet 1862 (art. 46 et du 16 septembre 1871 art. 29) permettent d'employer en rentes les sommes dont le placement ou le remploi en immeubles est prescrit ou autorisé par la loi, par un jugement, par un contrat ou par une disposition à titre gratuit entre vifs ou testamentaire, à moins de clause contraire. Mais les rentes ainsi acquises en remploi conservent en principe leur caractère mobilier et n'appartiennent pas, à vrai dire, à la catégorie des immeubles par la détermination de la loi (2). Les dispositions précitées décident seulement que la condition du remploi est réalisée par une acquisition de cette nature.

118. Un dernier droit est immobilisé par la loi du 21 avril 1810 sur les mines. La redevance due au propriétaire du sol

(1) Demolombe, IX, n. 393.

(2) *Contra* Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, sur l'art. 526, n. 43.

par le concessionnaire demeure, aux termes de l'art. 18 de la loi précitée, réunie à la valeur de la surface affectée avec elle aux hypothèques prises par les créanciers du propriétaire. Le droit à la redevance a donc un caractère immobilier (1).

CHAPITRE II

DES MEUBLES

119. On distingue deux catégories de meubles : les meubles par leur nature ou meubles corporels, et les meubles par la détermination de la loi ou meubles incorporels. « *Les » biens sont meubles par leur nature ou par la détermination » de la loi* », dit l'art. 527.

Si on compare cette classification à celle que la loi adopte relativement aux immeubles (art. 517), on remarquera :

1° Que la loi désigne les immeubles incorporels sous le nom d'immeubles *par l'objet auquel ils s'appliquent,* tandis qu'elle désigne les meubles incorporels sous le nom de meubles *par la détermination de la loi.* Or, on se demande, sans en trouver de raison bien plausible, pourquoi le législateur emploie des formules différentes pour exprimer des idées identiques, ce qui ne peut que jeter de la confusion dans l'esprit. Puisqu'on avait choisi l'expression d'*immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent* pour désigner les immeubles incorporels, il aurait fallu désigner parallèlement les meubles incorporels sous le nom de *meubles par l'objet auquel ils s'appliquent.* Ces expressions ont d'ailleurs l'avantage d'indiquer la raison d'être du classement des droits soit dans la catégorie des meubles, soit dans celle des immeubles : elles contiennent en quelque sorte une définition de la chose qu'elles désignent; tandis que les expressions *immeubles* ou *meubles par la détermination de la loi* peuvent laisser croire que les droits sont rangés, soit dans la catégorie des meubles, soit dans celle

(1) Aubry et Rau, II, § 165, p. 27. — Si la redevance est, par vente ou autrement, séparée de la propriété de la surface, elle n'est plus qu'une rente mobilière. — Cass., 14 juillet 1850, S., 51. 1. 63. — *Contra* Demolombe, IX, n. 649.

des immeubles, en vertu d'une détermination arbitraire du législateur (1).

2° Que, tandis que la loi distingue trois classes d'immeubles, elle ne distingue plus que deux classes de meubles. Le terme qui manque dans la classification des meubles, c'est celui correspondant aux immeubles par destination ; il n'y a pas de meubles par leur destination. La raison en est simple : l'esprit conçoit facilement qu'un objet mobilier puisse devenir immeuble en qualité d'accessoire d'un immeuble, mais il ne concevrait pas qu'un immeuble pût devenir meuble en qualité d'accessoire d'un meuble.

La convention des parties dans un contrat de mariage peut produire l'*ameublissement* de choses immobilières; mais restreint et relatif, l'effet d'une pareille clause n'intéresse pas la division générale des meubles et des immeubles.

SECTION PREMIÈRE

DES MEUBLES PAR LEUR NATURE

120. « *Sont meubles par leur nature, les corps qui peuvent* » *se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent* » *par eux-mêmes, comme les animaux, soient qu'ils ne puissent* » *changer de place que par l'effet d'une force étrangère,* » *comme les choses inanimées* » (art. 528).

Pour préciser la définition et la compléter, il faut ajouter une restriction : de tels objets sont meubles s'ils n'ont pas perdu leur qualité naturelle pour devenir immeubles par incorporation ou par destination.

Nos anciens appelaient meubles *vifs* ceux qui peuvent se transporter par eux-mêmes et meubles *morts* ceux qui ne peuvent être transportés que par l'effet d'une force étrangère. Cette distinction n'offre en droit aucun intérêt.

La loi n'avait pas à se préoccuper d'une énumération complète des meubles; les biens immobiliers étant déterminés, il suffit de dire que tous les autres biens sont meubles.

(1) La portée de cette critique est toutefois atténuée par les observations qui seront présentées un peu plus loin. — V. *infra*, n. 123.

121. L'art. 531, qui trouve sa place toute naturelle, ainsi que l'art. 532, à la suite de l'art. 528, énumère certains objets mobiliers qu'on aurait peut-être été tenté de ranger dans la catégorie des immeubles, à cause de leur fixité ou de leur valeur : « *Les bateaux, bacs, navires, moulins et bains sur* » *bateaux, et généralement toutes usines non fixées par* » *des piliers et ne faisant point partie de la maison, sont* » *meubles : la saisie de quelques-uns de ces objets peut cepen-* » *dant, à cause de leur importance, être soumise à des formes* » *particulières, ainsi qu'il sera expliqué dans le Code de la* » *procédure civile* ».

En ce qui concerne l'explication des mots : « et généralement toutes usines non fixées par des piliers et ne faisant pas partie de la maison », voyez *supra*, n. 44.

On n'a pas à se préoccuper de savoir si l'objet, en fait immobilier, conserve toujours la même place, du moment où les conditions d'incorporation ou de destination ne sont pas réalisées. Ainsi les bains sur bateaux fixés à la rive par des chaînes et destinés à rester au même endroit n'en sont pas moins meubles (1) ; il en est de même des pontons qui servent à l'embarquement des voyageurs, et des bateaux de blanchisseuses (2). Toutefois, l'art. 528 nous prévient que quelques-uns de ces objets sont soumis à des règles spéciales au point de vue de la saisie et de la vente judiciaire ; l'art. 620 (Proc. civ.) contient l'indication de ces règles ; on peut ajouter encore que la loi de finances du 18 juillet 1836 (art. 2), assujettit à la contribution foncière les moulins et bains sur bateaux, les bacs, les bateaux de blanchisserie et autres objets semblables, alors même qu'ils sont simplement retenus par des amarres, sans être construits sur piliers ou pilotis. Enfin une loi spéciale a permis la constitution d'une hypothèque maritime sur les navires (3).

(1) Aubry et Rau, II, § 164 *bis*, p. 21 ; Demolombe, IX, n. 397 ; Laurent, V, n. 498. — Paris, 4 frimaire an XII, S. chr.

(2) V. autorités citées à la note précédente. — Cass., 27 mai 1878, D., 79. 1. 79, sur pourvoi contre arrêt de Besançon, 28 juill. 1877, S., 78. 2. 133, D., 78. 2. 50.

(3) Loi du 10 déc. 1874 et loi du 10 juill. 1885 ; du reste les navires, tout en conservant leur caractère de meubles, sont soumis à plusieurs règles analogues à celles qui sont applicables aux immeubles.

122. Aux termes de l'art. 532 : « *Les matériaux provenant* » *de la démolition d'un édifice, ceux assemblés pour en cons-* » *truire un nouveau, sont meubles jusqu'à ce qu'ils soient* » *employés par l'ouvrier dans une construction* ». Dans un cas, le lien qui doit unir les matériaux au sol n'est pas encore noué, dans l'autre il est rompu.

Il importe peu qu'une partie des matériaux assemblés pour la construction d'un édifice ait été employée ; l'immobilisation n'atteint pas pour cela ceux des matériaux qui ne sont pas encore incorporés. L'art. 532 a entendu abroger toutes les dispositions contraires des anciennes coutumes à cet égard (1).

La même remarque s'applique aux immeubles par destination. Les objets affectés au service d'un fonds ou attachés à perpétuelle demeure ne prennent jamais le caractère d'immeubles avant que la destination n'ait été effectivement réalisée.

Tous ces objets redeviennent meubles au moment précis où cesse la cause qui avait produit l'immobilisation, quand la destination disparaît, quand l'incorporation est détruite. L'art. 532 le dit expressément des matériaux provenant de la démolition d'un édifice.

Les fragments d'un édifice, qui en auraient été séparés par suite d'un accident, comme un tuyau de cheminée que le vent aurait abattu, ne cesseraient pas d'être immeubles en attendant leur réintégration. Il en serait de même des portions de l'édifice qui en auraient été temporairement détachées. Ainsi une porte, qu'on déplace momentanément pour une réparation, ne cesse pas d'être immeuble. *Ea quæ ex ædificio detracta sunt ut reponantur, ædificii sunt* (2). Mais si un propriétaire démolit sa maison en vue de la reconstruire,

(1) C'est ainsi que la coutume de Normandie considérait comme immeubles, aussitôt la construction commencée, les matériaux *réunis sur place* et destinés à la construction de l'édifice.

(2) Il serait en effet difficile de permettre, par exemple, à un créancier de saisir mobilièrement les fragments momentanément détachés d'un édifice. — Aubry et Rau, II, § 164, p. 9, note 19 ; Demolombe, IX, n. 110 et 111 ; Vaugeois, *Dist. des biens*, p. 321. — Cpr. Cass., 5 février 1878, S., 78. 1. 353, D., 78. 1. 156 ; l'arrêt applique la solution à des fenêtres, en les considérant comme immeubles par destination.

les matériaux provenant de la démolition seront meubles jusqu'à la reconstruction.

Il en serait de même si le propriétaire avait détaché des matériaux d'un édifice, pour les employer à la réparation d'un autre édifice; jusqu'à leur emploi nouveau les matériaux resteraient meubles.

SECTION II

DES MEUBLES PAR LA DÉTERMINATION DE LA LOI

§ I. *Criterium servant à fixer le caractère mobilier d'un droit.*

123. Les meubles qui composent cette catégorie sont des meubles incorporels, autrement dit des droits mobiliers. Nous savons que les droits, en leur qualité de choses incorporelles, ne sont à proprement parler ni meubles ni immeubles. Mais, en vertu d'une fiction, la loi les fait rentrer dans l'une ou dans l'autre catégorie suivant la nature de leur objet. D'après ces données, les droits ayant des meubles pour objet sont meubles. Ce sont précisément ces droits que le législateur désigne ici sous le nom de *meubles par la détermination de la loi.*

L'application rigoureuse de la règle n'est possible, on le sait, qu'à l'égard des droits réels; on peut encore l'étendre d'une façon quelque peu détournée aux droits personnels, quand le fait dû est la dation d'une chose corporelle; on arrive ainsi à considérer comme mobiliers : 1° les droits réels qui ont pour objet un meuble; 2° les droits personnels qui obligent le débiteur à donner (*dare*) un meuble corporel. Si l'on s'en tenait à ces notions, tous les droits personnels qui ont pour objet une abstention ou un fait pur et simple autre qu'une dation, échapperaient à la classification, qui cependant doit être générale. L'art. 526 permet de résoudre la difficulté; ce texte a pris soin de fixer la liste des droits immobiliers et, comme il n'y a que deux catégories de biens, tous les droits qui ne sont pas immobiliers par application de l'art. 526 appartiennent forcément à la classe des droits mobiliers. On

ne saurait, en conséquence, adresser au législateur le reproche de n'avoir pas posé dans l'art. 529 un principe général qui n'aurait pu convenir à tous les droits personnels mobiliers.

En résumé, le caractère mobilier d'un droit se détermine tantôt à l'aide d'une règle analogue à celle de l'art. 526, c'est-à-dire par la considération de l'objet direct ou indirect du droit, tantôt par la seule force de la loi, qui ne reconnaît que deux catégories de biens, et déclare meubles tous ceux qui ne sont pas immeubles.

Le législateur s'est donc contenté, dans l'art. 529, de donner certaines indications, l'une ayant une portée assez large, relative aux obligations *de dare*, les autres plus spéciales, pour faire application de la première à deux sortes de droits. Ce texte est ainsi conçu :

« *Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnie de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. — Sont aussi meubles par la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur les particuliers* ».

124. Pour présenter une étude d'ensemble des droits mobiliers, il convient, avant d'examiner les termes divers de l'énumération contenue dans l'art. 529, de parler successivement des droits réels et des droits personnels.

§ II. *Application aux droits réels.*

125. Malgré le silence de l'art. 529, il y a certainement des droits réels mobiliers ; ce sont, conformément à la règle indiquée à propos de l'art. 526, tous les droits réels ayant pour objet un meuble. On pourrait être tenté de citer en première ligne le droit de propriété ; mais on sait déjà que les rédacteurs du code, identifiant le droit et son objet, considèrent le droit de propriété sur une chose mobilière comme un meuble corporel.

On doit, en revanche, mentionner comme droits réels mobiliers le droit d'usufruit et le droit d'usage portant sur une chose mobilière et, parmi les droits réels accessoires, les privilèges sur les meubles.

Il est certain, en outre, que les actions qui naissent de ces différents droits ont le même caractère.

§ III. *Application aux droits personnels.*

126. L'art. 529 ne s'occupe que des droits personnels ; la première partie du texte peut seule être envisagée comme ayant une portée générale; c'est donc en expliquant les premiers mots de l'article qu'il faudra compléter son énumération en ce qui concerne les droits personnels mobiliers.

A. *Des droits personnels mobiliers en général et spécialement des obligations ou actions ayant pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers.*

127. L'art. 529 cite en première ligne « *obligations ou actions ayant pour objet...* »

Deux explications ont été proposées des mots *obligations et actions*. — D'après la première, le mot *obligation* désignerait une obligation *active*, c'est-à-dire une obligation envisagée par rapport au créancier ou, en d'autres termes, une créance. Il est arrivé deux fois au législateur de désigner les créances sous une dénomination équivalente, celle de *dettes actives* (art. 533 et 536). Quant à l'*action* ce serait la créance mise en exercice, la créance à l'état de lutte judiciaire parce qu'elle est contestée, ou à l'état de lutte extrajudiciaire parce que le débiteur, sans contester le droit du créancier, refuse de payer, et que le créancier est obligé d'avoir recours aux voies rigoureuses pour l'y contraindre. — D'après la seconde explication qui nous paraît préférable, l'*obligation* serait la dette, et l'*action* la créance, de sorte que la loi envisagerait ici les deux faces du droit, pour nous dire qu'il est mobilier sous l'un comme sous l'autre aspect, quand son objet est mobilier.

On peut dire par suite qu'il y a des dettes mobilières et immobilières, suivant la nature de la créance active, remar-

que qui trouve une application utile en matière de communauté légale et conventionnelle.

128. L'art. 529 ajoute : « qui ont pour objet des sommes *exigibles* ou des « effets mobiliers ». On désigne ordinairement sous le nom de sommes *exigibles* celles dont le paiement peut être immédiatement exigé, par opposition aux dettes *à terme*, dont le paiement ne peut être exigé qu'à l'expiration du temps fixé. Si tel était ici le sens des mots *sommes exigibles*, la loi donnerait à entendre que les créances qui ont pour objet des sommes payables à terme, ne sont pas mobilières : ce qui serait un non-sens, le terme ne pouvant pas, bien évidemment, influer sur la nature mobilière ou immobilière de la créance. La loi oppose ici les créances de sommes *exigibles* aux *rentes*, dont il est question dans la partie finale de l'article. Les rentes sont des créances dont le capital n'est pas *exigible*, en ce sens que le créancier s'est interdit à tout jamais le droit d'en demander le remboursement. En un mot, les créances de sommes exigibles sont les créances de sommes dont le créancier peut immédiatement ou pourra, après l'expiration d'un certain temps, exiger le paiement par opposition aux *rentes*, dont le créancier ne peut à aucune époque exiger le remboursement.

129. L'art. 529 donne comme exemple de droits personnels mobiliers des obligations qui ont pour objet la dation d'un meuble; il ne fait ainsi qu'appliquer le principe qui sert de base à l'art. 526. On ne doit dès lors considérer ni l'origine ni la cause du droit. Ainsi le prix d'un immeuble vendu est une créance mobilière non susceptible d'hypothèque (1). Il faut reconnaître le même caractère à l'action en paiement de l'indemnité due, pour le passage, par le propriétaire d'un fonds enclavé (2).

Les garanties accessoires qui viennent s'ajouter à une créance ne sauraient davantage en modifier la nature; ainsi

(1) Cass., 12 juill. 1854, S., 54. 1. 569. — Demolombe, IX, n. 346.

(2) Grenoble, 7 janv. 1845, S., 45. 2. 417, D., 45. 2. 160. Il en est encore ainsi de l'action en indemnité dirigée contre un entrepreneur de travaux publics qui avait occupé indûment le terrain d'un propriétaire. — Cass., 10 janv. 1883, S., 84. 1. 380, D., 84. 1. 961.

la créance d'une somme d'argent reste mobilière, malgré la sûreté d'une hypothèque ou malgré une stipulation d'antichrèse (1).

130. Si les droits ayant pour objet la dation d'un meuble sont mobiliers, que décider de ceux qui ont pour objet une abstention, ou un fait pur et simple, autre qu'une dation?

Les explications déjà fournies (2) contiennent la solution de cette difficulté. On doit considérer de pareilles obligations comme des droits mobiliers, au moins par ce motif que ces droits ne répondent pas aux conditions de l'art. 529 et qu'ils ne peuvent être envisagés comme immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

Toutefois la question a soulevé une discussion qu'il convient d'examiner.

Certains auteurs distinguent : si le *fait*, qui est l'objet direct du droit, se rapporte à un meuble, le droit est sans doute mobilier; par exemple l'action contre un ouvrier qui s'est engagé à construire une table, une armoire, une voiture, etc. Au contraire, si le fait se rapportait à un immeuble, le droit ne serait plus mobilier : ainsi lorsqu'un architecte a promis de construire une maison sur un fonds, le droit qui appartient au propriétaire du fonds contre l'architecte est immobilier. On a invoqué deux arguments à l'appui de ce système : d'abord le principe général d'après lequel on doit envisager l'objet du droit, pour déterminer son caractère mobilier ou immobilier, c'est-à-dire ce que le débiteur doit procurer au créancier; or l'architecte a promis, en réalité, un immeuble bâti au propriétaire du fonds. On signale ensuite les conséquences fâcheuses d'une autre solution; si la créance contre l'architecte était mobilière, elle appartiendrait, en cas de décès, au légataire des meubles qui n'en pourrait plus exiger l'exécution, puisque le sol appartiendrait au légataire des immeubles (3).

(1) Aubry et Rau, II, § 165, p. 28; Demolombe, IX, n. 488; Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, I, n. 327. — Cass., 21 déc. 1813, S. chr.

(2) V. *supra*, n. 109.

(3) V. dans le sens de ce premier système Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, art. 529, n. 31; Rodière et Pont, *Cont. de mariage*, I, n. 336; Demante et Colmet de Santerre, V, n. 60 *bis*, 4; Proudhon, I, n. 166.

L'argumentation n'est pas irrésistible. D'une part, la conséquence signalée n'est pas nécessaire ; bien que mobilière, la créance doit appartenir au légataire des immeubles, par interprétation de la volonté probable du testateur. Que si on l'attribue au légataire des meubles, celui-ci pourra la céder au légataire des immeubles ou acquérir l'emplacement destiné à la construction. D'autre part, il est inexact de prétendre que l'objet propre du droit soit un immeuble bâti ; l'objet du droit est un *fait ;* l'architecte a promis son temps, son talent et ses soins pour parvenir à la construction d'un édifice (1) ; ce qui est dû n'est en soi ni meuble, ni immeuble et, encore une fois, si le droit est considéré comme mobilier, c'est parce que la loi a voulu une classification générale des biens en deux catégories ; elle a précisé et limité seulement la classe des immeubles, en rejetant, soit en termes formels, soit par prétérition, tous les autres biens dans la catégorie des meubles. Or le droit dont l'objet est un fait pur et simple, autre qu'une dation, n'est pas un immeuble incorporel; il ne rentre pas dans les prévisions limitatives de l'art. 526; il est donc nécessairement mobilier (2).

131. On ne saurait évidemment tenter une énumération de tous les droits personnels, si nombreux et si variés, dont l'objet est un simple fait ou une abstention. La jurisprudence va nous fournir quelques exemples : c'est ainsi que le droit de fouille dans une carrière est mobilier (3); de même toute action tendant à la délivrance d'un immeuble sur lequel on réclame un droit personnel de jouissance est mobilière, et c'est pourquoi le droit d'antichrèse est mobilier. Le même motif conduirait aussi à reconnaître comme mobilier le droit qui dérive d'un contrat de bail au profit du preneur (4).

(1) Il n'y a plus la même relation intime que dans l'obligation de « donner » entre le fait promis et la chose corporelle à laquelle le fait s'applique ; et le langage courant traduit encore cette différence ; jamais on ne dira d'un architecte qu'il doit une maison, mais bien qu'il est tenu de « bâtir » une maison, ce qui met en relief cette vérité que l'obligation a pour objet un « fait ».

(2) V. dans le sens de l'opinion admise au texte, Aubry et Rau, II, § 165, p. 28, note 18 ; Demolombe, IX, n. 372 à 376 ; Toullier, III, n. 20 ; Troplong, *Du contr. de mariage*, I, n. 401 ; Chavot, *De la propriété mobilière*, I, n. 43-45.

(3) Cass., 30 mars 1870, S., 71. 1. 95.

(4) Aubry et Rau, II, § 165, p. 29, note 19 et p. 31. — *Le traité du louage.*

B. *Actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie.*

132. Le mot *action* a ici un sens tout à fait différent de celui que la loi vient de lui donner dans la première partie de l'art. 529 : il désigne le *droit qui appartient à chaque associé dans une compagnie ou société de finance, de commerce ou d'industrie.* Ce droit se résume, pour chaque associé, dans la faculté de réclamer périodiquement, tant que dure la société, sa part des bénéfices réalisés, qui sont distribués aux associés sous le nom de *dividendes,* et, lors de la dissolution de la société, sa part dans le fonds social.

Ainsi une société commerciale se fonde au capital de 100.000 fr., et ce capital est divisé en cent actions de 1.000 fr. chacune. Chaque action représente donc un centième du capital social, et donne droit, par suite, à un centième des bénéfices réalisés par la société, pendant toute sa durée, et, lors de la dissolution, à un centième du fonds social.

Le mot *intérêt* désigne aussi le droit éventuel qu'a un associé de réclamer, pendant la durée de la société, une quote-part des dividendes, et, lors de la dissolution, une quote-part du fonds social. Ainsi l'intérêt et l'action ont la même nature et confèrent les mêmes avantages; aussi notre article les assimile-t-il en les déclarant l'un et l'autre meubles par la détermination de la loi (1).

(1) Toutefois, il faut se garder de confondre l'action avec l'intérêt ; il y a entre ces deux droits une profonde différence, que nous résumerons de la manière suivante : la distinction de l'intérêt et de l'action correspond à la distinction aussi légale que rationnelle des *sociétés de personnes* et des *sociétés de capitaux*, celles-là formées en considération de la personne des associés, *intuitu personæ*, celles-ci constituées uniquement en vue des capitaux qu'ils promettent d'apporter, *intuitu pecuniæ*. Dans la première catégorie rentre la société en nom collectif, la commandite par intérêt ; dans la seconde les sociétés anonymes, la commandite par actions. L'intérêt constitue une part d'associé dans une société de personnes, l'action représente une part d'associé dans une société de capitaux. C'est la nécessité de la transmissibilité des titres sociaux, qui a poussé la pratique commerciale, et, sur ses traces, la loi à consacrer cette distinction. Si l'on recherche, à ce point de vue, l'élément essentiel de différence que présente cette *summa divisio* des sociétés, on voit que, dans les sociétés de personnes, les associés ne peuvent pas transmettre leur qualité d'associé sans le consentement des autres associés. Principe de droit commun, que le droit romain avait déjà formulé : « *Quum enim*

133. Il est tout simple que les actions ou intérêts... soient meubles, quand le fonds social ne comprend que des meubles.

Mais la loi ajoute qu'il en est de même, lorsque des « im- » meubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux » compagnies ». Il semble bien pourtant qu'en pareil cas le droit de chaque associé, c'est-à-dire l'action ou l'intérêt, devrait être immeuble en tant que s'appliquant à une chose immobilière (arg. art. 526).

Pour expliquer cette disposition, il faut nécessairement admettre que la loi considère le fonds social comme appartenant, non aux associés indivisément, mais exclusivement à la société ou compagnie, dont elle a fait *par une fiction de droit* une personne distincte de celle de ses associés (personne *civile, morale, juridique*). Cela posé, le droit de chaque associé, c'est-à-dire de chaque personne ayant dans la société, soit un intérêt, soit une ou plusieurs actions, se réduit, tant que la société dure, à demander, sous forme de *dividende*, sa part proportionnelle des bénéfices réalisés par la société, par application même de la maxime : *Actio ad mobile est mobilis.* En deux mots, la société, personne juridique distincte de celle des associés, est seule propriétaire du fonds social ; les associés ou actionnaires ne sont que ses ayants cause, et ne peuvent à ce titre réclamer, tant que la société dure, que des sommes d'argent représentant leur part dans les bénéfices réalisés ; leur droit est donc mobilier, puisqu'il a pour objet une chose mobilière.

Ainsi, notre disposition n'est qu'une conséquence de la

societas consensu contrahentur socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui » (D., l. 19, *Pro socio*), et que notre code civil a reproduit dans l'art. 1861. Tandis que, dans les sociétés de capitaux, il est essentiel que chacun des associés puisse transmettre sa qualité d'associé à qui bon lui semble sans avoir besoin de l'assentiment de ses coassociés. L'argent de l'un vaut, en effet, l'argent de l'autre. De là, cette notion de l'action, aussi précise que vraie : l'action est un titre qui représente la part d'un associé et qu'il peut transmettre à qui bon lui semble par sa seule volonté. L'intérêt sera par suite un titre, représentant également la part d'un associé, et dont la transmission est subordonnée dans une mesure plus ou moins large à l'assentiment des autres associés. — Note de M. Aug. Ribéreau, professeur de droit commercial à la Faculté de droit de Bordeaux. — Cpr. Cass., 2 août 1886, S., 87. 1. 329, D., 87. 1. 293.

personnalité des sociétés commerciales : elle la suppose nécessairement, et, comme cette personnalité n'est elle-même que le résultat d'une fiction, c'est fictivement aussi que les actions ou intérêts sont meubles quand il y a des immeubles dans la société, idée que la loi exprime par ces mots ; *sont réputés meubles* (1).

134. On aurait tort, d'ailleurs, de conclure de la disposition qui vient d'être analysée que toutes les sociétés constituent des personnes morales. L'art. 529 ne peut attribuer ce caractère qu'à celles dont il parle, c'est-à-dire aux compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, ou en d'autres termes aux sociétés commerciales (à l'exception toutefois de l'association en participation) (2). Il laisse donc la question entière pour les sociétés civiles : ce n'est pas ici le lieu de la discuter (3).

135. Il suffit, pour l'application de l'art. 529 aux droits des associés, que la société soit une personne morale et il n'est pas besoin, comme l'a soutenu un auteur (4), qu'on soit en présence d'une « compagnie », c'est-à-dire d'une société se distinguant par le grand nombre de ses actionnaires, l'importance de ses capitaux et l'étendue de ses opérations (5).

Les sociétés minières, aux termes de l'art. 8 de la loi de 1810, ont certainement la personnalité civile, et, par suite, l'art. 529 s'applique à ces sociétés sans distinction entre celles

(1) V. une autre explication proposée par M. Saleilles dans son étude sur l'*Histoire des Sociétés en commandite* (*Annales de Droit Commercial*, 1897 et 1898, nos 49 à 63). La part de chaque associé dans le fonds social est soustraite au gage commun des créanciers personnels des associés, parce qu'elle est affectée à une destination exclusive, produisant comme une scission, une séparation dans le patrimoine de chaque associé. On peut bien comprendre alors pourquoi le fonds social est le gage des créanciers sociaux ; mais, ainsi qu'on l'a fait très justement remarquer, la raison est très insuffisante pour expliquer le caractère mobilier que l'art. 529 donne aux parts des associés. V. Planiol, *op. cit.*, I, n. 877.

(2) Bordeaux, 29 mars 1887, S., 89. 2. 33, D., 88. 2. 228. — V. aussi Cass., 27 juin 1893, S., 94. 1. 25.

(3) V. *infra* la partie du traité relative aux sociétés. — La cour de cassation a consacré dans sa jurisprudence la plus récente la personnalité des sociétés civiles, Cass., 2 mars 1892, S., 92. 1. 497, D., 92. 1. 169 ; 2 janv. 1894. 1. 129.

(4) Toullier, XII, n. 96.

(5) En ce sens Aubry et Rau, II, § 165, p. 29, note 21 ; Demolombe, IX, n. 415; Laurent, V, n. 505.

qui sont propriétaires du sol et celles qui ne sont que concessionnaires (1).

136. D'autre part, il n'y a pas à considérer la composition de l'actif, lequel est toujours le patrimoine de la société personne morale et non celui des associés. Aussi a-t-on repoussé justement en doctrine et en jurisprudence (2) l'opinion d'un auteur qui voulait limiter le sens des expressions « immeubles dépendants de l'entreprise » aux seuls immeubles qui servent à l'exploitation industrielle, de sorte que le droit des associés à l'égard des autres immeubles, acquis sans nécessité pour l'exploitation, aurait un caractère immobilier (3).

137. Du principe que le fonds social appartient, non aux associés, mais à la société quand elle constitue une personne morale, résultent deux conséquences : — 1° Les associés ne peuvent pas, même pour leur part, vendre les biens de la société ni les hypothéquer au profit de leurs créanciers personnels (arg. art. 1599 et 2124); ce droit n'appartient qu'à la société; les associés ne pourraient non plus réclamer la licitation des immeubles dépendants du patrimoine social, alors même que parmi les associés se trouveraient des mineurs, héritiers d'associés primitifs, entre lesquels la société aurait continué en vertu de la règle admise par l'art. 1868 C. civ. (4); — 2° Les créanciers personnels des associés ne peuvent pas saisir, du chef de leur débiteur, les biens meubles et immeubles qui composent le fonds social, car un créancier ne peut saisir que les biens de son débiteur. Ce droit appartient, au contraire, aux créanciers de la société.

138. De cet autre principe, conséquence du précédent que le droit de chaque associé, dans une société constituant une personne civile, est meuble tant que dure la société, résultent les déductions suivantes : — 1° La cession que fait un associé, de son action ou de sa part d'intérêt, pendant la

(1) Paris, 8 janv. 1878, S., 78. 2. 36, D., 79. 2. 4. — La loi nouvelle du 1er août 1893 (art. 687) a étendu d'une façon très sensible le champ d'application de l'art. 529 C. civ.

(2) Cass., 14 août 1833, S., 33. 1. 780, D., 33. 1. 380; Demolombe, IX, n. 418; Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, I, n. 344.

(3) Toullier, XII, n. 98.

(4) Cass., 15 nov. 1887, S., 88. 1. 410, D., 88. 1. 293.

durée de la société ne sera jamais passible du droit de mutation fixé pour les ventes *immobilières*, alors même qu'il y aurait des immeubles dans la société ; — 2° Si un associé meurt pendant la durée de la société, ayant légué ses meubles à une personne et ses immeubles à une autre, ses actions et parts d'intérêts passeront au légataire des meubles ; — 3° Si un associé se marie pendant la durée de la société sous le régime de la communauté, ses actions et parts d'intérêts tomberont dans la communauté (arg. art. 1401-1°) ; — 4° L'action ou la part d'intérêt dans une société n'est pas susceptible d'hypothèques, même quand la société comprend des immeubles (arg. art. 2118) (1) ; — 5° S'il y avait eu cession à titre gratuit de l'action ou de l'intérêt, le rapport à succession aurait lieu, non pas en nature, mais en moins prenant, puisque la donation aurait eu pour objet un meuble (2).

139. Pour que l'art. 519 puisse s'appliquer, il faut tout d'abord qu'une société existe réellement (3) et qu'elle soit valablement formée (4). Cependant certaines décisions judiciaires (5) refusent à l'enregistrement le droit d'opposer le défaut de publication de la société, pour percevoir le droit de mutation immobilière, lors d'une transmission par décès ; mais ces décisions paraissent critiquables et contraires aux règles sur l'existence des sociétés et aux principes mêmes posés par la cour de cassation dans l'arrêt de 1862.

140. « Ces actions ou intérêts, dit la loi, sont réputés meu-» bles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure » la société ».

= *A l'égard de chaque associé seulement.* La loi veut dire, mais elle le dit en termes inexacts, que, si le droit de chaque associé est meuble, même quand il y a des immeubles dans la société, il n'en est pas de même du droit de la société, qui est évidemment immobilier en tant qu'il porte sur des im-

(1) Voir cependant sur ces divers points, Mongin, *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1890, p. 697 s.

(2) Paris, 5 janv. 1878, S., 78. 2. 36, D., 79. 2. 47.

(3) Cass., 18 juin 1862, S., 62. 1. 878, D., 62. 1. 422.

(4) Cass., 19 mars 1862, S., 62. 1. 825, D., 62. 1. 408.

(5) Trib. Valenciennes, 27 décembre 1872, S., 73. 2. 151.

meubles. Ainsi la société peut hypothéquer les immeubles dépendants du fonds social ; elle ne le pourrait pas, si son droit sur ses immeubles était considéré comme mobilier (arg. art. 2118). De même, si elle vend ses immeubles, il y aura lieu à la perception du droit de vente immobilière ; si ses créanciers les saisissent, ils devront procéder dans les formes de la saisie immobilière...

Nous disons que la formule employée par la loi est inexacte car il est clair que ce n'est pas *à l'égard de chaque associé seulement* que l'action ou l'intérêt est meuble, mais *erga omnes,* même à l'égard des ayant cause des associés, tels que les créanciers, et à l'égard des tiers, par exemple du fisc réclamant le droit de mutation en cas de vente de l'action ou de l'intérêt. On ne concevrait pas d'ailleurs qu'un même droit fût considéré comme mobilier à l'égard de celui-ci et comme immobilier à l'égard de celui-là.

141. = *Tant que dure la société.* Lorsque la société est dissoute, elle cesse d'exister comme personne morale, et par suite d'être propriétaire des biens dépendants de l'entreprise. Ces biens appartiennent désormais aux associés, qui en sont copropriétaires par indivis. Quelle est alors la nature du droit de chaque associé sur lesdits biens ? Est-il mobilier ou immobilier ? Tout dépend du résultat du partage, qui sera fait tôt ou tard entre les associés. En effet le partage des sociétés, comme celui des successions, produit un effet rétroactif au jour où a commencé l'indivision, c'est-à-dire au jour de la dissolution de la société (arg. art. 883 et 1872).

De là il résulte : 1° que le droit de l'associé qui n'obtiendra que des immeubles dans son lot, sera considéré comme ayant toujours été immobilier depuis la dissolution de la société ; 2° que le droit de l'associé qui n'obtiendra que des meubles, sera regardé comme ayant toujours été mobilier à dater de la même époque ; 3° enfin, que le droit de l'associé qui obtiendra des meubles et des immeubles, sera considéré comme ayant été partie mobilier et partie immobilier.

142. Ce qui vient d'être dit relativement à la nature des actions ou intérêts après la dissolution de la société pourrait paraître au premier abord contraire à la jurisprudence de la

cour de cassation (1) qui décide que la société dissoute cesse à la vérité d'exister comme personne distincte pour l'avenir, en ce sens qu'elle ne peut plus continuer les opérations en vue desquelles elle avait été constituée, mais qu'elle continue d'exister pour se liquider, *qu'elle est considérée comme subsistante pour les besoins de la liquidation,* suivant la formule d'un arrêt de la cour de Bordeaux (2). La force des choses le veut ainsi, dit la cour ; autrement la liquidation serait impossible dans les sociétés où il y a un grand nombre d'associés, car elle exigerait le concours de tous les associés et si parmi eux il y avait des mineurs, ce qui arrivera souvent, il faudrait remplir les formalités longues et coûteuses, prescrites par la loi pour garantir les intérêts de ces incapables. Résulte-t-il de là, comme le prétend M. Laurent (3), que la cour suprême considère les actions de la société dissoute comme continuant encore à être mobilières? Nous ne le croyons pas. La cour dit, dans un arrêt du 27 juillet 1863 (4), que « la société n'est pas complètement éteinte, qu'elle continue d'exister *dans la mesure d'existence nécessaire à l'accomplissement des actes de liquidation* », et dans un autre arrêt, du 29 mai 1865, que suivant la formule employée dans le langage commercial, *elle ne subsiste plus que pour sa liquidation* » (5). A tous les autres points de vue, la cour de cassation considère donc la société comme dissoute, et par conséquent au point de vue de la nature des actions ou intérêts. Car il n'est nullement nécessaire, pour que la société puisse se liquider, que ces actions ou intérêts continuent à avoir la nature de meubles : il suffit que les liquidateurs puissent disposer librement des biens de la société, alors même qu'il y a des incapables parmi les associés, et que les associés ne puissent pas, *ut singuli,* vendre ou hypothéquer les biens dépendant de la société dissoute, même pour leur

(1) Dernier arrêt, Cass., 13 janv. 1892, S., 92. 1. 100, D., 92. 1. 587. — V. aussi Cass., 2 déc. 1885, S., 88. 1. 331, D., 86. 1. 357.

(2) Bordeaux, 30 mars 1886, S., 88. 2. 180, D., 86. 2. 284.

(3) Laurent, V, n. 503.

(4) Cass., 27 juill. 1863, S., 63. 1. 457, D., 63. 1. 460.

(5) Cass., 29 mai 1865, S., 65. 1. 325, D., 65. 1. 381.

part, ni toucher le prix des biens vendus par les liquidateurs (1). D'ailleurs, si les actions continuaient à être mobilières après la dissolution de la société, il faudrait, dans l'espèce qui vient d'être discutée, en attribuer le profit au légataire des meubles. En l'attribuant au légataire des immeubles, quand le lot qui leur correspond ne comprend que des immeubles, M. Laurent nous semble tomber dans une contradiction manifeste (2).

C. *Rentes perpétuelles ou viagères soit sur l'Etat, soit sur les particuliers.*

143. Une rente consiste dans le droit de demander à perpétuité ou pendant un certain temps la prestation périodique de sommes d'argent ou de denrées. Exemples : Vous vous engagez envers moi, moyennant un capital de 20.000 fr. que je vous abandonne, à me payer annuellement tant que je vivrai, une somme de 2.000 fr. C'est l'hypothèse de la rente viagère.

Celui auquel appartient la rente ne peut en aucun cas exiger le remboursement du capital moyennant lequel la rente a été créée ; ce capital a été définitivement aliéné. C'est cette idée qu'on exprime en disant que le capital de la rente n'est pas exigible.

On appelle *crédi-rentier* celui auquel la rente est due, *débi-rentier* celui qui la doit, et *arrérages* les produits de la rente. Il ne faut donc pas confondre, comme on le fait quelquefois, les arrérages avec la rente ; il y a entre la rente et les arrérages la différence qui existe entre un fonds de terre et les fruits qu'il produit (3).

On oppose les *arrérages,* qui sont le produit d'un capital

(1) Et toutefois une jurisprudence constante décide qu'au regard de la loi fiscale, la société en liquidation est encore réputée existante, et que par suite, tant que la liquidation n'est pas terminée, la cession faite par l'un des associés de sa part, dans la société n'est passible que du droit de 0,50 °/₀ afférent aux ventes mobilières, alors même qu'il y a des immeubles dans la société. Cass., 21 déc. 1887, S., 89. 1. 129, D., 88. 1. 389, et 13 janv. 1892, S., 92. 1. 100, D., 92. 1. 587.

(2) V. cep. Cass., 24 mai 1892, S., 92. 1. 469, D., 93. 1. 95.

(3) Sur l'étymologie et le sens exact du mot « arrérages », V. une explication très intéressante de M. Planiol, *op. cit.*, n. 886.

non exigible, aux *intérêts,* qui sont le produit d'un capital *exigible*. Voyez l'art. 584 où cette opposition est nettement établie.

Les rentes ayant toujours pour objet une chose mobilière, puisque leurs arrérages consistent en somme d'argent ou en denrées, notre article les déclare meubles, par application de la règle *Actio ad mobile est mobilis.*

144. On distingue deux espèces de rentes : les rentes *perpétuelles* et les rentes *temporaires.*

Les rentes perpétuelles sont celles qui doivent durer indéfiniment. Le débi-rentier, et après lui ses représentants, en serviront les arrérages à perpétuité au crédi-rentier ou à ses ayant cause.

Les rentes temporaires sont celles qui ne doivent durer que pendant un certain temps, la vie d'une personne par exemple.

145. Perpétuelle ou temporaire, la rente peut être *foncière* ou *constituée,* suivant qu'elle est établie comme prix de l'aliénation d'un fonds ou comme prix de l'aliénation d'un capital mobilier.

1° *Rentes foncières.*

146. 2. DANS LE DROIT ACTUEL. — La rente foncière est celle qui est établie comme condition de la cession d'un fonds. Ainsi je vous rends propriétaire de tel immeuble valant 100.000 fr., à la condition que vous servirez à perpétuité, à moi et à mes successeurs après moi, une rente annuelle de 3.000 fr. C'est le cas de la rente foncière perpétuelle, au sujet de laquelle l'art. 530 dispose : « *Toute rente établie à perpé-* » *tuité pour le prix de la vente d'un immeuble, ou comme con-* » *dition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds* » *immobilier, est essentiellement rachetable. — Il est néan-* » *moins permis au créancier de régler les clauses et conditions* » *du rachat. — Il lui est aussi permis de stipuler que la rente* » *ne peut lui être remboursée qu'après un certain terme, lequel* » *ne peut jamais excéder trente ans : toute stipulation con-* » *traire est nulle* ».

C'est seulement la rente foncière *perpétuelle* que notre article déclare rachetable (arg. des mots *établie à perpétuité*). Il

en est donc autrement de la rente *temporaire*. C'est que le débiteur d'une rente temporaire n'est pas, comme le débiteur d'une rente perpétuelle, exposé à rester indéfiniment enchaîné dans les liens de son obligation. — Le rachat de la rente consiste dans le remboursement du capital de la rente. Le crédi-rentier d'une rente foncière perpétuelle ne peut jamais exiger ce remboursement, mais le débiteur a le droit de le lui imposer.

147. Peu importe d'ailleurs, du moment que la rente est perpétuelle, qu'elle ait été établie *pour prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre gratuit ou onéreux d'un fonds* (art. 530).

Pour prix de la vente d'un immeuble. Exemple : Je vous vends tel immeuble moyennant une rente perpétuelle de 3.000 fr. Quand la rente foncière est établie à titre de vente, le crédi-rentier a le privilège du vendeur pour le paiement des arrérages de la rente (arg. art. 2103-1°).

Comme condition de la cession à titre gratuit d'un fonds. Exemple : Je vous fais donation de tel immeuble valant 100.000 fr., à la condition que vous me servirez une rente perpétuelle de 1.000 fr.

Comme condition de la cession à titre onéreux... Exemple : Je vous échange tel immeuble valant 100.000 fr. contre tel autre valant 60.000 fr., moyennant un retour consistant en une rente perpétuelle de 1.500 fr.

148. L'art. 530, qui définit et précise la rente foncière, a soulevé une controverse qu'il importe d'examiner, puisqu'elle a pour objet de fixer le *criterium* de la distinction entre la rente foncière et la rente constituée. L'art. 530, conformément aux explications précédentes, signale, suivant nous, deux hypothèses où la rente foncière a pour cause l'aliénation d'un fonds : la première est celle d'une vente dans laquelle la rente joue directement le rôle de prix, c'est le premier exemple cité plus haut ; la seconde, beaucoup plus générale, comprend tous les autres cas où le propriétaire aliène un immeuble moyennant une rente, conformément aux deux exemples cités ensuite.

149. Mais cette interprétation n'est pas admise par tous

les auteurs. Quelques-uns (1) prétendent que les mots « rente établie comme condition de la cession d'un fonds immobilier », s'appliquent aussi bien à la première qu'à la seconde hypothèse, et alors les termes « pour le prix de la vente d'un immeuble » devraient revêtir un sens différent et faire allusion à la convention suivante : la vente de l'immeuble a été consentie moyennant un prix évalué préalablement en capital, et ce capital lui-même a ensuite été converti en rente ; ainsi, je vous vends ma maison moyennant 100.000 francs, pour lesquels il est stipulé que l'acheteur paiera une rente de 5.000 francs. Cette convention produirait des effets propres : la rente, au lieu d'avoir pour origine l'aliénation d'un immeuble, aurait pour cause un capital mobilier, le prix de la vente préalablement déterminé. En conséquence, le crédi-rentier n'aurait plus les garanties d'un vendeur pour le paiement de cette rente, ni le privilège, ni l'action en résolution ; seulement il pourrait encore convenir que la faculté de rachat serait suspendue pendant trente ans, puisque l'art. 530 le permet expressément dans tous les cas ; ce serait là en somme le seul point qui permettrait de différencier cette rente de l'hypothèse d'une rente constituée.

150. Cette doctrine paraît difficilement acceptable. Si l'on consulte les travaux préparatoires (2) et les modifications successives de la rédaction de l'art. 530, on ne peut admettre l'explication contournée que l'on propose, et qui donne aux expressions « rente établie pour le prix de la vente d'un immeuble » le sens de « rente établie comme conversion du prix de la vente d'un immeuble » ; par ailleurs, la conclusion du système adverse est assez choquante, puisqu'elle prête gratuitement à l'art. 530 une contradiction manifeste avec les dispositions de l'art. 1911. Si la vente, en effet, a pour prix un capital mobilier, on ne peut interdire le rachat pendant plus de dix ans. L'art. 530 n'a donc pas prévu dans son texte l'hypothèse d'une rente établie par conversion du prix de vente d'un immeuble évalué en capital. Mais quelle solu-

(1) Duranton, IV, n. 147 s. ; Taulier, II, p. 172 et 173 ; Chavot, *De la propr. mobil.*, I, n. 73.

(2) Fenet, XI, p. 70.

tion admettre si l'hypothèse se présentait en pratique ? Un auteur a pu soutenir qu'on était alors en présence d'une rente constituée soumise à toutes les règles applicables à cette sorte de rente, et, notamment, à celle de l'art. 1911 (1).

151. Il vaut mieux, croyons-nous, adopter la distinction suivante : si la conversion du prix en une rente a lieu dans l'acte même de vente, on doit appliquer l'art. 530 et traiter à tous égards la rente comme foncière, maintenir, par exemple, les différentes sûretés qui appartiennent au vendeur crédi-rentier ; en effet, puisque les parties peuvent fixer les conditions du rachat, qu'importe qu'elles déterminent d'abord le montant des arrérages pour en induire le montant du capital à payer lors du rachat, ou qu'elles commencent, en sens inverse, par fixer ce capital, pour régler ensuite le taux des arrérages? On ne saurait présumer chez les contractants l'intention de faire une novation, de substituer à un prix stipulé en capital une rente constituée en perpétuel ; il est bien plus vraisemblable d'admettre qu'il y a une convention unique aboutissant à une rente foncière, ayant pour cause réelle l'aliénation de l'immeuble.

152. Si, au contraire, la conversion du prix en rente a lieu par un acte postérieur au contrat de vente, la présomption se retourne : on trouve deux conventions successives, la première pour réaliser l'aliénation d'un immeuble comprenant la fixation d'un prix de vente, la seconde pour nover ce prix et constituer une rente perpétuelle à la place de l'obligation de payer une somme déterminée ; la rente aura pour cause alors un capital mobilier et l'art. 530 restant étranger à cette hypothèse on devra appliquer toutes les règles relatives aux rentes constituées, y compris l'art. 1911 (2).

153. La loi ajoute : *Il est néanmoins permis au créancier de régler les clauses et conditions du rachat.* Ainsi, en vous vendant un immeuble moyennant une rente perpétuelle de 3.000 fr., je puis convenir avec vous que la rente ne pourra être rachetée que moyennant un capital de 150.000 fr. Ce

(1) Marcadé, sur l'art. 530.
(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, sur l'art. 580, II, n. 42.

n'est pas une convention usuraire, car elle équivaut à ceci : Je vous vends mon immeuble pour 150.000 fr. que vous garderez à perpétuité et dont vous me servirez l'intérêt à 2 p. 100. Or, quelque exagéré que puisse être le chiffre fixé, il ne peut donner lieu à aucune critique ; car une vente n'est jamais susceptible d'être attaquée pour cause d'exagération du prix : on peut vendre un immeuble dix fois sa valeur.

154. Lorsque l'acte constatant l'aliénation de l'immeuble contient les conditions expresses du rachat de la rente, aucune difficulté ne s'élève, puisque les parties ont toute liberté, à condition de ne pas rendre indirectement le rachat impossible (1). Mais qu'arrive-t-il lorsque les parties n'ont pas réglementé le rachat au moment de l'aliénation de l'immeuble? Comment évaluer le capital à payer, lorsque le débirentier voudra user de la faculté que lui laisse l'art. 530 et se présentera pour éteindre la rente ? La jurisprudence ne s'est pas fixée sans quelque hésitation. Certaines décisions exigeaient l'application forcée de la loi des 18-19 décembre 1790 et voulaient appliquer cette loi, non seulement aux rentes antérieures, mais encore à toutes les rentes créées postérieurement, de sorte que la rente en nature devait, au cas de rachat, être capitalisée au denier vingt-cinq (2). D'autres, au contraire, voulaient que la loi de 1790, fixant au denier vingt-cinq le rachat des rentes foncières en nature, originairement irrachetables, ne fût pas applicable aux rentes créées postérieurement à la loi, comme rentes rachetables, et à l'égard desquelles le rachat devait être fixé suivant le droit commun, c'est-à-dire au denier vingt (3). Cependant, par un tempérament raisonnable, on admet d'ordinaire la faculté pour le juge d'adopter, comme raison écrite, empruntée à la loi de 1790, sa base équitable d'appréciation, alors surtout que le taux du denier vingt-cinq est généralement usité dans le pays (4). C'est ainsi que le juge pourrait encore suivre le

(1) Cass., 28 fév. 1887, D., 88. 1. 287.

(2) Trib. Caen, 20 mars 1848, S., 48. 2. 399.

(3) Montpellier, 29 déc. 1855, S., 57. 2. 30; Paris, 5 août 1851, S., 51. 2. 775, D., 52. 2. 236 ; Poitiers, 27 avril 1831, S., 31. 2. 145, D., 31. 2. 136. — Besançon, 23 déc. 1891, D., 92. 2. 392.

(4) Cass., 12 fév. 1866, S., 66. 1. 236, D., 66. 1. 171.

mode de computation des annuités de la rente, indiqué par les art. 7 s. (titre III) dè la loi, pour former l'annuité commune (1).

155. En tout cas, voici quelques règles qui doivent être admises dans l'exercice du rachat : les lois qui ont déclaré les rentes foncières rachetables ont produit cet effet d'obliger l'acquéreur qui veut purger à rembourser le capital, conformément à l'art. 2184 (2) ; et les offres réelles qui ont pour objet le rachat d'une rente foncière stipulée portable, doivent être faites, à peine de nullité, au domicile du créancier (3).

156. Le rachat d'une rente foncière peut avoir lieu pour partie, et la divisibilité est de droit, lorsque la rente a été assise divisément, partie sur un immeuble et partie sur un autre immeuble (4).

157. Les parties peuvent régler les clauses et conditions du rachat, mais s'il apparaissait d'une manière évidente que l'aliénateur a fixé pour le remboursement un prix hors de toute proportion avec la véritable valeur de l'immeuble, cela en vue de rendre impossible l'exercice du droit de rachat, cette convention devrait être annulée par application de l'art. 6, et le rachat pourrait être effectué conformément aux règles du droit commun, c'est-à-dire de la même manière que si aucune convention n'était intervenue à cet égard ; car la loi dit que toute rente est *essentiellement* rachetable, et on ne saurait priver le débiteur de la rente de la faculté de rachat, ni d'une façon directe, ni d'une façon détournée (5).

158. Mais, aux termes mêmes de l'art. 530, les rentes foncières ne sont rachetables qu'à la condition d'être perpétuelles : on considère comme telles, par application de la loi des 18-29 décembre 1790, les rentes établies pour plus de 99 ans ou sur plus de trois têtes. On comprend par ailleurs, sous l'expression de rentes foncières, non seulement les rentes proprement dites, mais encore toutes les redevances que la

(1) Montpellier, 29 déc. 1855, précité.
(2) Nimes, 23 frim. an XIV, S. chr.
(3) Cass., 23 messidor an IV, S. chr.
(4) Poitiers, 27 avril 1831, précité.
(5) Cass., 28 fév. 1887, S., 88. 1. 414, D., 88. 1. 127.

loi précitée a déclarées rachetables, par exemple les champarts (1). Quelques difficultés se sont élevées à l'égard des prestations ou redevances en nature créées pour le prix de baux à métairie perpétuelle, comme dans les anciennes provinces de la Marche et du Limousin. Déclarées rachetables par un arrêt de cassation du 2 mars 1835 (2), elles ont été depuis reconnues comme n'étant pas au nombre de celles dont le rachat est autorisé (3).

159. Enfin, l'aliénateur peut stipuler que la rente ne pourra lui être remboursée qu'au bout d'un certain temps qui ne peut jamais excéder trente ans. La loi ajoute : « toute stipulation contraire est nulle ». Entendez réductible à trente ans (arg. art. 1660); la nullité atteint seulement la partie de la convention qui a porté le terme au delà de trente ans (4).

160. β. DANS L'ANCIEN DROIT. — La rente foncière présentait dans notre ancien droit des caractères particuliers qu'il est intéressant de connaître.

La convention, qui donnait naissance à la rente foncière, portait le nom de *bail à rente*. Pothier donne du bail à rente cette définition : « Le bail à rente est un contrat par lequel l'une des parties (le bailleur) baille et cède à l'autre (le preneur) un héritage ou quelque droit immobilier, et s'oblige de le lui faire avoir à titre de propriétaire, sous la réserve qu'il fait d'un droit de rente annuelle d'une certaine somme d'argent, ou d'une certaine quantité de fruits, qu'il retient sur le dit héritage, et que l'autre partie s'engage réciproquement envers elle de lui payer tant qu'elle possèdera ledit héritage ». La rente ainsi établie portait le nom de *census reservativus*, parce qu'elle résultait, ainsi qu'on vient de le voir, d'une *réserve* faite par le bailleur, qui n'avait aliéné son fonds que déduction faite de la rente dont il l'avait chargé. Cette rente constituait un droit réel retenu par le bailleur, *pars*

(1) Cass., 28 juin 1854, S., 54. 1. 465.
(2) Cass., 2 mars 1835, S., 35. 1. 394.
(3) Cass., 11 août 1840, S., 40. 1. 673; *sic* Championnière et Rigaud, IV, n. 3062; Duvergier, *Louage*, I, n. 200.
(4) Aubry et Rau, II, § 224 *ter*, p. 462; Demolombe, IX, n. 430; Laurent, XXVII, n. 52.

quædam dominii. L'immeuble en était le principal débiteur ; le détenteur n'en était personnellement tenu qu'à raison de sa possession, et seulement pour les arrérages échus pendant sa jouissance.

De là résultaient plusieurs conséquences :

1° La rente foncière était immobilière, car elle constituait un droit dans l'immeuble, un droit réel retenu, prenant naissance *per deductionem* (1).

Le droit intermédiaire et le code civil ont profondément modifié la théorie des rentes; la loi du 4 août 1789 ayant déclaré les rentes foncières rachetables, la loi des 18-29 décembre 1790 vint fixer le mode et les conditions du rachat ; mais les rentes foncières étaient toujours considérées comme immeubles; la loi du 11 brumaire an VII porta une première atteinte à ce caractère, en déclarant qu'elles n'étaient pas susceptibles d'hypothèques; on pourrait, il est vrai, soutenir qu'à d'autres égards elles conservaient encore leur qualité d'immeubles, mais ce dernier lambeau de la réalisation des rentes devait être emporté par le code civil dans l'art. 529 qui les range dans la catégorie des meubles.

2° Le bailleur pouvait demander le paiement des arrérages de la rente à toute personne qui détenait l'immeuble à un titre quelconque. Le crédi-rentier n'aurait aujourd'hui ce droit que dans le cas où la constitution de rente aurait fait naître à son profit un privilège ou une hypothèque, ce qui a lieu, il est vrai, dans la plupart des cas (2).

3° Le débiteur de l'immeuble grevé de la rente pouvait se libérer de l'obligation d'en payer les arrérages à venir (3) en vendant l'immeuble ou encore en *déguerpissant,* c'est-à-dire en abandonnant l'immeuble : car la rente était due par l'im-

(1) Dans l'ancien droit la détermination du caractère mobilier ou immobilier des rentes viagères avait donné lieu à une controverse des plus vives où les avis étaient à peu près partagés ; par ailleurs elle n'étaient pas rachetables, le contrat d'où elles dérivaient étant aléatoire ; aujourd'hui les rentes viagères sont certainement mobilières, mais elles sont demeurées irrachetables.

(2) V. le développement relatif au privilège du vendeur.

(3) Il en était autrement des arrérages civilement échus pendant la durée de sa possession, au moins lorsqu'il avait eu connaissance de la rente ou lorsqu'il était réputé en avoir eu connaissance. En possédant l'immeuble chargé de la rente, il s'obligeait personnellement, *quasi ex contractu,* à en payer les arrérages.

meuble plutôt que par la personne. Ce droit finit par être accordé, sous certaines conditions, même au preneur, auquel il était originairement refusé. Pour parer à ce danger, le bailleur stipulait souvent la clause de *fournir et faire valoir*, en vertu de laquelle le preneur s'engageait *personnellement* au paiement de la rente. Son obligation devenant alors indépendante de la possession de l'immeuble, il ne pouvait s'y soustraire en abandonnant cette possession par le *déguerpissement*. Aujourd'hui le débi-rentier ne jouirait en aucun cas de la faculté de *déguerpir ;* car la rente foncière n'est plus qu'une simple créance d'arrérages, et par suite le débi-rentier est tenu, de ce chef, d'une obligation personnelle.

4° La rente foncière était irrachetable : autrement dit, le preneur ne pouvait pas se soustraire à l'obligation d'en payer les arrérages, en remboursant le capital de la rente. Le rachat aurait constitué en effet une sorte d'expropriation pour le bailleur, qui eût été ainsi privé, contrairement à sa volonté, du droit de propriété *(pars quædam dominii)* qu'il s'était réservé dans l'immeuble. Des ordonnances de Charles VII (1441) et d'Henri II (1553) autorisèrent le rachat pour cause d'utilité publique de la plupart des rentes foncières existant sur des maisons de ville. Il arrivait souvent en effet que les propriétaires laissaient tomber leurs maisons en ruine, lorsque les rentes dont elles étaient grevées étaient supérieures à leur revenu. La loi du 4 août 1789 déclara rachetables toutes les rentes foncières perpétuelles, et on vient de voir que l'art. 530 consacre le même principe. Ainsi se trouve supprimée l'entrave que les rentes foncières apportaient à la libre circulation des fonds. Comment trouver acquéreur pour un immeuble grevé d'une charge perpétuelle et irrachetable?

La rente foncière, telle que la consacre notre droit actuel, ne ressemble donc guère à la rente foncière de notre ancien droit; aussi lui a-t-on contesté même le droit de conserver son nom, que le code civil d'ailleurs ne prononce pas.

2° Rentes constituées.

161. α. DANS LE DROIT ACTUEL. — La rente constituée est celle qui est établie comme condition de la cession d'un capital

mobilier. Exemple : Je vous donne un capital de 100.000 fr. en argent, à la condition que vous me servirez 5.000 fr. de rente perpétuelle. C'est donc l'origine de la rente, sa cause, qui distingue la rente constituée de la rente foncière. Celle-ci suppose l'aliénation d'un immeuble, celle-là l'aliénation d'un capital mobilier. Voyez l'art. 1909.

Il est facile d'apercevoir la différence qui existe entre la constitution de rente en perpétuel et le prêt à intérêt. Dans le prêt, l'emprunteur s'engage à rembourser au bout d'un certain temps. Dans la constitution de rente perpétuelle, le débi-rentier n'est jamais tenu au remboursement. Mais il a le droit de rembourser. Les rentes constituées en perpétuel sont essentiellement rachetables (art. 1911, al. 1). Toutefois les parties peuvent convenir « que le rachat ne sera pas fait » avant un délai qui ne pourra excéder dix ans » (art. 1911, al. 2).

162. C'est presque toujours à la constitution de rente que l'Etat a recours quand il fait appel au crédit. Ainsi l'Etat dira : « à toute personne qui me versera 100 fr., je paierai 4 fr. de rente perpétuelle ». L'Etat obtient ainsi de l'argent qu'il n'est jamais tenu de rembourser. Mais il a le droit de remboursement (art. 1911, al. 1). En fait, il n'en use guère que pour se soustraire en partie à ses engagements. Quand les circonstances sont favorables, c'est-à-dire quand le crédit public est solidement assis, l'Etat vient dire aux rentiers : « Au lieu de 4 fr. de rente, je ne paierai plus désormais que 3 fr. 50. Ceux qui voudront accepter cette réduction n'auront qu'à garder le silence. Ceux qui ne le voudront pas, le feront savoir dans un délai de..., passé lequel ils seront forclos, et ils seront remboursés à 100 fr., somme égale à celle qui a été versée ». C'est la *conversion*. Si la rente vaut en bourse 110 fr. par exemple au moment où l'opération est tentée, les rentiers, qui ne peuvent pas tous s'entendre pour faire échouer l'opération en demandant le remboursement, acceptent la réduction ou vendent leurs titres en bourse, et la conversion est opérée.

163. β. Dans l'ancien droit. — Dans notre ancien droit, la constitution de rente était considérée comme une vente, et non comme un prêt. La chose vendue, c'était la rente ; il y

avait cela de particulier que cette chose était *constituée*, c'est-à-dire créée par le contrat de vente, d'où le nom de *rente* CONSTITUÉE, *census constitutivus*. Le prix, c'était le capital abandonné par l'acheteur comme contre-valeur de la rente. A vrai dire, la constitution de rente fut imaginée pour éluder la prohibition du prêt à intérêt.

Nos anciens docteurs distinguaient deux espèces de rentes constituées : les personnelles et les réelles.

La rente *personnelle* était celle au service de laquelle le vendeur n'avait obligé que sa personne, sans y affecter spécialement aucun de ses biens. Les rentes personnelles étaient considérées comme usuraires et réprouvées à ce titre, comme le prêt à intérêt dont elles étaient une image trop fidèle.

La rente était *réelle* lorsque le vendeur y avait affecté un de ses biens sur lequel la rente était assise ou *assignée*, d'où la dénomination de *census consignativus*. Les rentes assignées étaient généralement considérées comme justes et licites, du moins lorsque les immeubles qui leur servaient d'assiette étaient frugifères et que le produit annuel de ces immeubles était au moins égal aux arrérages de la rente. Ce point de droit ne fit plus de doute après les bulles des papes Martin V, en 1423, et Calixte III, en 1455.

Les rentes assignées étaient irrachetables contrairement aux bulles précitées qui ne furent point reçues sur ce point. En effet c'était une vente qui leur donnait naissance, et la vente confère des droits irrévocables, à moins que le contrat ne contienne une clause de rachat. On en concluait « que les fonds sur lesquels elles (les rentes) avaient été assises et assignées étaient aliénez jusqu'à concurrence, non toutefois réellement et effectivement, parce que le domaine et la possession en demeûroient toujoûrs aux débiteurs ; mais indirectement, en ce que la propriété en étoit diminuée de valeur, et que les rentes comme charges réeles tenoient aux acheteurs lieu des fonds et les représentoient. De sorte que dans ce temps-là les rentes constituées ne différoient des foncières, qu'en ce que les foncières étoient réservées ou retenues en transférant les fonds, au lieu que les constituées à prix

d'argent étoient imposées par les propriétaires sur leurs fonds sans translation ni tradition » (1).

A la date du 10 mai 1557, le parlement de Paris, consacrant la doctrine de Dumoulin, rendit un arrêt célèbre, ordonnant l'insertion dans la coutume de Paris d'un nouvel article, substitué aux anciens art. 58 à 61, duquel il résultait que les rentes assignées n'étaient plus réputées faire partie des fonds comme les foncières, et n'en diminuaient plus la valeur. « Aujourd'hui, dit Eusèbe de Laurière, sur l'art. 99 de la coutume de Paris, le droit des rentes constituées est entièrement changé... ; elles ne sont plus des droits *réels, ni dus par les fonds,* mais elles sont dues par les personnes, et les fonds y sont seulement hypothéqués, comme aux simples dettes exigibles ». Il en résultait que celui qui avait constitué la rente, le vendeur, ne pouvait plus se soustraire à l'obligation d'en payer les arrérages en déguerpissant, c'est-à-dire en abandonnant l'immeuble assigné à la rente. Une autre conséquence de nouveau principe fut que les rentes constituées cessèrent d'être irrachetables. Logiquement, il aurait dû en résulter aussi que les rentes constituées étaient mobilières. Cependant la plupart de nos anciennes coutumes, notamment celles de Paris et d'Orléans, les considéraient comme immobilières.

Depuis l'arrêt de 1557, on ne fit plus de difficulté pour considérer comme licites toutes les rentes personnelles, même celles constituées sans assignation.

3° *Différences entre les rentes foncières et les rentes constituées en perpétuel dans notre droit actuel.*

164. 1° En créant une rente foncière, les parties peuvent convenir qu'elle ne sera pas remboursée avant trente ans (art. 530), tandis que pour les rentes constituées en perpétuel le délai *maximum* est de dix ans (art. 1911, al. 2) ;

2° Les parties peuvent régler comme elles l'entendent le taux des arrérages de la rente foncière. Elles n'ont pas la même latitude en ce qui concerne les arrérages de la rente

(1) Eusèbe de Laurière, *Tènement de cinq ans,* chap. II, n. 137.

constituée, que le code civil considère, à tort ou à raison, comme une variété du prêt à intérêt (art. 1909) ; la convention serait usuraire, au moins en matière civile, si les arrérages dépassaient le taux fixé par la loi du 3 septembre 1807 ;

3° Dans la rente constituée, le crédi-rentier ne peut pas, comme dans la rente foncière, régler les conditions du rachat, en convenant par exemple que le débi-rentier remboursera un capital supérieur au capital reçu : une semblable convention serait usuraire ;

4° Le paiement des arrérages de la rente foncière est garanti par le privilège du vendeur, au moins quand la rente a été constituée comme *prix* de la cession d'un fonds (art. 2103-1°). Au contraire, le crédi-rentier d'une rente constituée moyennant un capital en argent, n'a pas de privilège pour le paiement des arrérages ;

5° la vente d'un immeuble moyennant une rente foncière peut, le cas échéant, donner lieu à la rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes au préjudice du vendeur (arg. art. 1674). Au contraire, le préjudice subi par le crédi-rentier dans le contrat de constitution de rente, ne peut jamais donner ouverture à une action en rescision (arg. art. 1118).

6° Le crédi-rentier d'une rente constituée ne peut demander la résolution du contrat pour défaut de paiement des arrérages qu'autant que le débi-rentier est resté deux années au moins sans les payer (art. 1912). Le crédi-rentier d'une rente foncière n'est pas obligé d'attendre l'expiration de ce délai pour agir en résolution contre le débiteur qui n'exécute pas son obligation (arg. art. 1654).

§ VI. *Application à certains droits spéciaux. (Office, propriété littéraire, etc.).*

165. L'énumération, que donne l'art. 529, des meubles par la détermination de la loi, n'est pas complète. On a déjà ajouté à la liste les droits réels mobiliers (1) ; il faut encore mention-

(1) V. *supra*, n. 125.

ner, à côté des droits réels et des droits personnels, certains droits spéciaux, constituant des biens véritables, puisqu'ils ont une valeur appréciable en argent, mais ne pouvant être rangés d'une façon exacte ni dans la catégorie des droits réels, ni dans celle des droits personnels; on les a quelquefois étiquetés sous la dénomination de *propriétés incorporelles;* il vaut mieux reconnaître tout simplement suivant les expressions de Pothier, qu'on est en présence de biens d'une nature « très singulière », « très extraordinaire » (1).

166. Le caractère mobilier de ces droits ne saurait soulever de doutes sérieux; en effet ils ne peuvent en aucune façon rentrer dans les prévisions de l'art. 526 C. civ. et dès lors, puisqu'ils ne sont pas immobiliers, il faut bien les mettre au rang des meubles incorporels.

167. Cette liste nouvelle de droits mobiliers comprend :

1° Le droit de présentation à un office ministériel, par exemple à un office de notaire, d'avoué. Dans l'ancien droit, la *finance* qui correspondait au droit de présentation, formait un élément immobilier du patrimoine, tandis que la *pratique,* qui comprenait les créances de l'officier public pour honoraires ou déboursés, était meuble. Lorsque la loi du 28 avril 1816 (art. 91) eut obligé les titulaires de certaines charges à augmenter leur cautionnement, elle dut, comme compensation, rétablir l'ancienne vénalité des offices sous la forme d'un « droit de présentation » du successseur à l'agrément du gouvernement; ce droit possède une valeur pécuniaire, c'est un élément du patrimoine des officiers ministériels; mais, à la différence de la *finance,* il a un caractère mobilier et sa valeur tombe, par suite, dans l'actif de la communauté légale du titulaire de la charge (2).

168. 2° Les droits reconnus aux auteurs sur le produit de leurs œuvres littéraires, artistiques et industrielles et qu'on appelle assez souvent, bien que d'une façon quelque peu inexacte, la *propriété littéraire, artistique ou industrielle.* Le droit consiste dans un monopole d'exploitation des œuvres,

(1) Pothier, *Des choses,* art. 2, § 2; *De la comm.,* n. 91.

(2) Cass., 8 mars 1843, S., 43. 1. 305; *sic* Aubry et Rau, II, § 165, p. 28; Demolombe, IX, n. 438; Dard, *Des offices,* p. 260.

assuré à l'auteur pendant un certain temps ; ce droit est organisé par la loi du 14 juillet 1866. La jouissance viagère du produit de ses œuvres est réservée à l'auteur; cette jouissance se continue après le décès de ce dernier au profit de son conjoint; mais la jouissance établie au profit du conjoint cesse quand l'auteur en a disposé de son vivant ou par testament, et que la séparation de corps a été prononcée contre l'époux survivant. Après la mort de l'auteur et de son conjoint, le droit exclusif sur le produit des œuvres dure pendant cinquante ans au profit des héritiers ou cessionnaires. Tous ces avantages constituent des biens mobiliers qui tombent en communauté (1). Il en est de même des droits attachés aux brevets d'invention et aux marques de fabriques.

169. 3° Les fonds de commerce. Un fonds de commerce est une universalité (2) comprenant non seulement les marchandises du magasin, mais encore l'enseigne et l'achalandage, quelquefois aussi le droit au bail (3); tout cet ensemble de biens a un caractère mobilier.

SECTION III

170. Définitions légales des mots meubles, mobiliers, etc. —Notre loi ne pourrait que gagner à la suppression des art. 533 à 536 qui contiennent ces définitions. En effet on conçoit que le législateur n'a pas pu s'astreindre à prendre, dans les divers textes législatifs, les mots *meubles, mobilier*....

(1) Cass., 16 août 1880, S., 81. 1. 25 et la note de M. Lyon-Caen ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 11 ; Demolombe, IX, n. 439; Laurent, V, n. 512 et XXI, n. 226.

(2) V. *infra*, n. 583.

(3) Cass., 13 mars 1888, S., 88. 1. 302 ; Riom, 30 mars 1892, S., 94. 2. 237, D., 92. 2. 220. — Lyon, 23 mars 1893, S., 94. 2. 237 ; ces deux arrêts considèrent le fonds de commerce dans son ensemble comme un meuble incorporel, et admettent en conséquence que la vente peut en être faite par l'intermédiaire d'un notaire, si la vente faite en un seul lot comprend non seulement les marchandises, mais aussi l'achalandage et le droit au bail. — Paris, 21 juillet 1892, D., 93. 2. 108; l'arrêt en conclut que pour la constitution d'un gage sur cette valeur, on doit remplir les conditions exigées pour les meubles incorporels. — La loi du 1er mars 1898 est venue réglementer d'une façon formelle le nantissement d'un fonds de commerce; elle exige, pour sa validité à l'égard des tiers, une certaine publicité consistant dans une inscription sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce.

dans le sens des définitions qu'il donne de ces expressions ; encore moins a-t-il pu obliger les particuliers à employer ces expressions avec leur sens légal dans les divers actes qu'ils rédigent, dans leurs testaments par exemple. De sorte qu'en définitive, les définitions légales ne recevront leur application que lorsque rien, dans les dispositions de la loi ou dans celles de l'homme, ne permettra de préciser le sens des mots employés, ce qui sera infiniment rare. On a cherché parfois à restreindre les pouvoirs d'interprétation du juge ; mais cette doctrine ne pouvait triompher ; le juge doit, avant tout, comme si les art. 533 à 536 n'existaient pas, rechercher ce que les parties ont voulu, suivant les circonstances variables de la cause, et sa décision souveraine sur ce point échappe à la censure de la cour de cassation (1). Lorsque le contexte de l'acte, les éléments du procès, les circonstances extérieures de la cause, la situation des parties, ne révèlent rien de nature à fixer l'esprit du juge, alors, mais alors seulement, il se décidera par l'application des art. 533 à 536, dans la présomption que le vendeur et le testateur ont entendu s'y référer tacitement, de sorte que, même à ce point extrême, le juge interprète encore la volonté du disposant.

Les difficultés d'interprétation apparaissent surtout dans les testaments ; en matière de vente, en effet, si l'on est prudent, on prendra soin de procéder par énumération de tous les objets vendus ; on aura une liste détaillée, et cette liste sera même obligatoire, si le contrat est une donation, en vertu de l'art. 948. Dans les dispositions de dernière volonté, au contraire, le testateur ne peut, le plus souvent, procéder par indications précises, dans l'ignorance de ce qu'il laissera exactement au jour de son décès. Il doit le plus souvent recourir à des formules générales, à des expressions analogues ou tout à fait semblables à celle des art. 532 à 536 ; mais en tout cas, le juge est chargé de rechercher la volonté du disposant et de se décider en fait. La jurisprudence a eu l'occasion de rendre des décisions très nombreuses : tantôt elle écarte l'application

(1) Cass., 10 fév. 1873, S., 73. 1. 557. — Cass., 3 mai 1837, S., 37. 1. 718, D., 37, 1. 314.

de nos articles, tantôt elle l'accepte au contraire, et rien ne démontre mieux que cette longue suite d'arrêts différents et de décisions divergentes l'empire du fait et des circonstances dans l'interprétation de la volonté qui a dicté les clauses testamentaires; rien ne démontre plus clairement, aussi, l'illusion du législateur qui croyait pouvoir tarir la source des procès, en offrant *a priori* des définitions pour servir de guide aux rédacteurs des actes et aux juges chargés de les interpréter. L'obligation, toujours impérieuse, de rechercher la volonté des parties et d'en tenir compte après l'avoir trouvée, à moins de tomber dans un formalisme étroit et puéril, devait rendre vaine toute tentative de ce genre. Aussi ne ferons-nous pas comme tel auteur, qui, après avoir consacré dix pages à déterminer le véritable sens des art. 533 à 536, établit ensuite en dix lignes qu'ils sont inutiles. Nous nous bornerons à transcrire ces textes.

ART. 533. *Le mot* meuble, *employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas l'argent comptant, les pierreries, les dettes actives, les livres, les médailles, les instruments des sciences, des arts et métiers, le linge de corps, les chevaux, les équipages, armes, grains, vins, foins et autres denrées; il ne comprend pas aussi ce qui fait l'objet d'un commerce.*

ART. 534. *Les mots* meubles meublants *ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries, sièges, glaces, pendules, tables, porcelaines et autres objets de cette nature. — Les tableaux et statues qui font partie du meuble d'un appartement y sont aussi compris, mais non les collections de tableaux qui peuvent être dans les galeries ou pièces particulières. — Il en est de même des porcelaines : celles seulement qui font partie de la décoration d'un appartement sont comprises sous la dénomination de* meubles meublants.

ART. 535. *L'expression* biens meubles, *celle de* mobiliers *ou d'*effets mobiliers *comprennent généralement tout ce qui est censé meuble d'après les règles ci-dessus établies. — La vente ou le don d'une maison meublée ne comprend que les meubles meublants.*

ART. 536. *La vente ou le don d'une maison, avec tout ce qui s'y trouve, ne comprend pas l'argent comptant, ni les dettes actives et autres droits dont les titres peuvent être déposés dans la maison ; tous les autres effets mobiliers y sont compris.*

CHAPITRE III

DES BIENS DANS LEURS RAPPORTS AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT

171. Le mot *posséder* est pris comme synonyme d'*être propriétaire* dans la rubrique de ce chapitre, qui signifie par conséquent : *Des biens dans leurs rapports avec ceux qui en sont propriétaires.*

« *Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur* » *appartiennent, sous les modifications établies par les lois.* — » *Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont* » *administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes* » *et suivant les règles qui leur sont particulières* ». Ainsi s'exprime l'art. 537.

Treilhard a dit dans l'exposé des motifs : « Les biens qui appartiennent à des particuliers sont les seuls dont le code civil doit s'occuper ; les autres sont du ressort ou d'un code de droit public ou de lois administratives, et l'on n'a dû en faire mention que pour annoncer qu'ils étaient soumis à des lois particulières ». Ces paroles indiquent bien le sens de notre article. Il oppose les biens qui appartiennent à des particuliers à ceux qui appartiennent à des non particuliers, c'est-à-dire aux diverses personnes morales du droit public (Etat, départements, communes, établissements publics). Le code civil va s'occuper des premiers, parce que tout ce qui les concerne appartient au droit privé. Il ne parle que pour mémoire des seconds, parce que les règles qui leur sont relatives rentrent dans le cadre du droit public.

Les particuliers ont en général la libre disposition de leurs biens, ainsi que le dit l'alinéa 1 de notre article. Il n'en est pas de même des différentes personnes morales du droit public. Les biens qui leur appartiennent, dit l'art. 537, sont

administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières.

On peut, à ce propos, signaler la distinction des choses qui sont dans le commerce *(in commercio)* et de celles qui n'y sont pas *(extra commercium)*, puisque pratiquement aujourd'hui, on ne rencontrera guère de choses complètement hors du commerce que dans les dépendances du domaine public (1).

Les art. 538 à 542 contiennent une énumération, que le législateur n'a pas eu la prétention de donner complète, des biens qui n'appartiennent pas à des particuliers ; et encore cette énumération ne porte-t-elle que sur les biens qui composent le domaine national et le domaine communal.

SECTION PREMIÈRE

DES BIENS N'APPARTENANT PAS A DES PARTICULIERS

§ I. *Domaine national.*

172. On appelle *domaine national* l'ensemble des biens qui appartiennent à la nation française personnifiée dans l'Etat.

173. L'énumération des biens du domaine national est donnée par les art. 538 à 541.

ART. 538. « *Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, » les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais » et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne » sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés » comme des dépendances du domaine public* ».

= *Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat.* Les plus importantes de ces voies portent le nom de *routes nationales*. Quand une route nationale traverse une ville, la rue qu'elle emprunte fait partie de la route. C'est à ce cas

(1) V. dans le *Traité des obligations*, I, n. 249 s., les développements consacrés à l'objet et à la matière des contrats. — Quant à la distinction des *res communes, res nullius, res derelictæ*, V. *Traité des successions*, I, n. 7 s.

que notre article fait allusion par ces mots « rue à la charge de l'Etat ».

174. = *Les fleuves et rivières navigables ou flottables.* Ce sont des chemins qui marchent, dit Pascal. Une rivière flottable est celle qui, sans être apte à la navigation, peut servir pour le transport des bois par le flottage ou flottaison. On distingue deux espèces de flottages, le flottage *avec trains ou radeaux,* qui s'effectue en reliant les bois à transporter les uns aux autres, de manière à en former un train ou radeau, et le flottage *à bûches perdues,* qui a lieu lorsque chaque bûche navigue isolément. Il n'y a que les rivières flottables avec trains ou radeaux qui fassent partie du domaine public (art. 1[er] de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale et art. 30 et 34 de la loi du 8 avril 1898. — Cpr. *infra,* n. 419 s. sur cette loi).

Une ordonnance du 10 juillet 1835 rendue en exécution de la loi du 15 juillet 1829 présente une nomenclature des cours d'eau navigables et flottables, augmentée et modifiée depuis par d'autres actes du pouvoir exécutif; mais on ne doit pas, malgré quelques dissidences, considérer cette énumération comme limitative et le caractère des fleuves et des rivières qui ne s'y trouvent pas compris reste une question de fait soumise à l'appréciation des tribunaux (1). Le lit du fleuve fait corps avec le fleuve lui-même, et par suite il importe de déterminer la ligne qui sépare le lit, dépendance du domaine public, de la rive où commencent les propriétés privées. On trouvera plus tard la solution de cette difficulté (2). La règle, consacrée par de nombreux arrêts se résume ainsi : le lit comprend tout le terrain qu'atteint, dans les plus hautes eaux, le fleuve coulant à pleins bords, mais sans débordement. L'autorité administrative doit observer cette règle en délimitant les cours d'eau navigables et flottables. L'art. 36 de la loi du 8 avril 1898 contient l'expression formelle des règles admises antérieurement dans la pratique (3). Les digues arti-

(1) Ducrocq, *Cours de dr. admin.,* II, n. 935; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.,* I, sur l'art. 538, n. 125.

(2) V. *infra,* n. 384.

(3) L'art. 36 est, en effet, ainsi conçu : « Des arrêtés préfectoraux rendus après

ficielles construites pour les besoins de la navigation sont des dépendances nécessaires du cours d'eau, et, comme telles, comprises dans le domaine public; mais il n'en est pas de même des digues naturelles (1). Les bras non navigables d'une rivière navigable font partie aussi, comme dépendances de cette rivière, du domaine public (2).

175. = *Les rivages de la mer,* c'est-à-dire la portion de terrain que la mer couvre et découvre dans les plus fortes marées, sans tenir compte des marées influencées par des circonstances météorologiques exceptionnelles (3). Cette règle ne s'applique qu'aux terrains bordant la mer et non aux rives des fleuves, en amont de leur embouchure, lorsqu'elles se trouvent accidentellement couvertes par l'effet du refoulement des eaux dans les grandes marées (4).

En ce qui concerne la Méditerranée, on admet que le rivage comprend tout ce que le plus haut flot de la mer peut couvrir en hiver (5).

176. = *Les lais et relais de la mer.* On désigne sous le nom de *lais* les alluvions *(incrementum latens)* que la mer procure aux propriétés riveraines, et sous le nom de *relais* les terrains que la mer abandonne définitivement en se retirant.

177. = *Les ports, les havres, les rades.* Les *havres* sont des

enquête, sous l'approbation du ministère des travaux publics, fixeront les limites des fleuves et rivières navigables et flottables, ces limites étant déterminées par la hauteur des eaux courantes à pleins bords avant de déborder. — Les arrêtés de délimitation pourront être l'objet d'un recours contentieux. Ils seront toujours pris sous la réserve des droits de propriété ». — En ce qui concerne les moyens ouverts aux particuliers lésés par un arrêté de délimitation, V. Fuzier-Herman, I, sur l'art. 538, n. 149 à 155. — Cass., 14 mai 1866, S., 66. 1. 297, D., 66. 1. 113. — Cons. d'Etat, 8 mars 1866, S., 67. 2. 28. — Trib. des conflits, 1er mars 1873, S., 74. 2. 61, D., 73. 3. 65. — Cpr. Cons. d'Etat, 12 mars 1872, S., 73. 2. 24, D., 72. 3. 82.

(1) Cass., 30 mars 1840, S., 40. 1. 417, D., 40. 1. 181. — Fuzier-Herman, I, sur l'art. 538, n. 164 et 165.

(2) Cons. d'Etat, 11 fév. 1836, S., 36. 2. 233, D., 36. 2. 70. — V. art. 34 de la loi du 8 avril 1898.

(3) Cass., 24 janv. 1893, D., 93. 1. 281.

(4) Cons. d'Etat, 10 mars 1882, S., 84. 3. 15, D., 83. 3. 73. — Demolombe, IX, n. 457; Laurent, VI, n. 5.

(5) Cass., 28 juil. 1869, S., 71. 1. 141, D., 69. 1. 489; Fuzier-Herman, I, sur l'art. 538, n. 195 et 196.

ports naturels qui ne peuvent recevoir que des bâtiments de moyenne grandeur ; les *rades,* des parties de la mer, plus ou moins abritées, où les bâtiments mouillent en attendant qu'ils puissent entrer au port.

178. = *Et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée :* ce qui comprend notamment les canaux de navigation, les ponts établis sur les fleuves, canaux et rivières, les chemins de fer créés ou concédés par l'Etat...

Lorsqu'en effet l'Etat concède l'exploitation d'une ligne de chemin de fer, il ne cède pas la propriété du sol ; il concède seulement au concessionnaire, en rémunération de ses dépenses, de ses travaux et du service public par lui entrepris, le droit de percevoir les tarifs applicables aux transports à effectuer sur la ligne (1).

179. On doit ranger aussi dans les dépendances du domaine public de l'Etat un certain nombre d'édifices, comme les bibliothèques, les musées nationaux (2) ; mais de vives controverses se sont élevées sur la question de savoir quels sont les édifices faisant partie du domaine public, controverses dans le détail desquelles il n'est pas possible d'entrer dans un ouvrage de droit civil (3).

180. ART. 539. « *Tous les biens vacants et sans maître, et* » *ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les* » *successions sont abandonnées, appartiennent au domaine* » *public* ».

= *Tous les biens vacants et sans maître.* — Voyez l'explication de l'art. 713.

= *Ceux des personnes qui décèdent sans héritiers.* — La succession d'une personne qui décède sans héritiers est dite en *déshérence,* de *deest heres ;* l'art. 768 l'attribue à l'Etat.

181. ART. 540. « *Les portes, murs, fossés, remparts des places*

(1) Cass., 15 mai 1861, S., 61. 1. 888, D., 61. 1. 225. — Bruxelles, 10 juil. 1882, sous Cass. belge, 28 juin 1883, S., 83. 4. 33. — Ducrocq, II, n. 945. — Cpr. Fuzier-Herman, I, sur l'art. 538, n. 25 et n. 32 et 33.

(2) V. Loi du 31 mars 1887 *relative à la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique.*

(3) Ducrocq, II, n. 912 s.; Demolombe, IX, n. 458 *bis* et 460; Fuzier-Herman, I, sur l'art. 538, n. 226.

» *de guerre et des forteresses, font aussi partie du domaine* » *public* » (1).

182. ART. 541. « *Il en est de même des terrains, des fortifi-* » *cations et remparts des places qui ne sont plus places de* » *guerre: ils appartiennent à l'Etat, s'ils n'ont été valablement* » *aliénés, ou si la propriété n'en a pas été prescrite contre* » *lui* ».

183. Parmi les biens du domaine national, il y en a qui sont affectés à un usage ou à un service public, comme les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves ou rivières navigables ou flottables, les rivages de la mer, les ports, les havres ou les rades, les portes, murs, fossés et remparts des places de guerre et des forteresses. On les désigne dans la doctrine sous le nom de *biens du domaine public (national* ou *de l'Etat)*. Leur caractère est d'être inaliénables et imprescriptibles. On soutient à tort, croyons-nous, que l'Etat n'est pas propriétaire de ces biens, et qu'il en a seulement la garde et la surintendance. Les autres biens du domaine national sont appelés, par opposition, *biens du domaine privé de l'Etat* ou *biens du domaine de l'Etat,* par exemple les lais et relais de la mer, les biens vacants et sans maître et ceux des successions en déshérence, les terrains, les fortifications et remparts des places qui ne sont plus places de guerre. A la différence des biens du domaine public, ils sont aliénables et prescriptibles.

En deux mots les biens du domaine national se divisent en biens *du domaine public* et biens *du domaine de l'Etat.* Les premiers sont inaliénables et imprescriptibles; il en est autrement des derniers.

Tous les auteurs reprochent au législateur du code civil d'avoir foulé aux pieds cette distinction fondamentale dans les articles de ce chapitre. Ainsi, dit-on, l'art. 538 range les lais et relais de la mer parmi les dépendances du domaine de l'Etat. A son tour, l'art. 539 dit à tort : « Tous les biens » vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent

(1) V. le décret des 8-10 juillet 1791 reproduit dans le *Code civil annoté* de Fuzier-Herman, sous l'art. 840.

» sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, » appartiennent *au domaine public* ». Il faut lire *au domaine de l'Etat*. Même observation au sujet de l'art. 541.

Dans un article fort intéressant publié par la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (1), notre savant collègue M. Barckhausen a démontré, péremptoirement à notre avis, l'inanité de cette critique. Le législateur du code civil dit indifféremment : *domaine public* (art. 538 et 540), *domaine de l'Etat* (art. 541) ou *domaine de la nation* (art. 539 tel qu'il figurait dans l'édition de 1804 ; dans l'édition de 1805, les mots *appartiennent à la nation* ont été remplacés par ceux-ci *appartiennent au domaine public*). Pour lui, ces diverses expressions, absolument synonymes, comprennent tous les biens composant ce que la doctrine appelle le domaine national, aussi bien ceux qu'elle désigne sous le nom de *biens du domaine de l'Etat* que ceux auxquels elle réserve la qualification de *biens du domaine public*. Cette terminologie, qui était déjà adoptée par le législateur de la période intermédiaire (ainsi qu'on peut le voir notamment dans les art. 2 et 5 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790, dont les art. 538 et 540 ne sont qu'une reproduction amendée) se retrouve même dans les lois de date postérieure au code civil. Ainsi l'art. 4 de la loi du 7 juillet 1833, dont la disposition a été fidèlement reproduite sur ce point par les lois des 3 mai 1841 (art. 3) et 27 juillet 1870 (art. 1), parle de l'*aliénation du* DOMAINE PUBLIC : ce qui fait allusion très évidemment aux biens que la doctrine appelle *du domaine de l'Etat*.

Cela posé, l'unique préoccupation du législateur du code civil, comme celle de la loi de 1790, dont on reproduisait à peu près les dispositions, a été ici de résoudre des questions de propriété controversées sous l'ancien droit. En somme, les art. 538 à 541 se résument à dire que la propriété des divers biens dont ils donnent l'énumération appartient à l'Etat. Maintenant, parmi ces biens, il y en a qui, étant affectés à un usage ou à un service public, sont inaliénables et imprescrip-

(1) *Revue critique*, XIII, p. 30.

tibles, tandis que les autres, n'ayant pas une semblable destination, sont aliénables et prescriptibles. Mais ce nouveau point de vue ne préoccupait nullement le législateur de 1804, non plus que la distinction doctrinale à laquelle il sert de base (distinction en biens du domaine public et biens du domaine de l'Etat). Dès lors il est tout simple que, laissant de côté la chose et le nom, il ait énuméré pêle-mêle celles des dépendances du domaine national au sujet desquelles il éprouvait le besoin de s'expliquer ici pour en déterminer le propriétaire, et que le hasard (ou l'ordre logique des idées, comme pour les lais et relais de la mer qui venaient naturellement après les rivages de la mer) ait placé des biens domaniaux aliénables au milieu d'une série d'autres qui sont inaliénables.

En somme, ce que l'on reproche au législateur, c'est d'avoir parlé sa langue, qui est aussi celle du législateur de la révolution, au lieu de parler la langue spéciale qui a été imaginée par la doctrine, et à l'appui de laquelle il serait peut-être difficile de citer un texte législatif bien précis antérieur à 1880. Est-ce là une critique sérieuse ?

§ II. *Domaine communal.*

184. Le domaine communal est l'ensemble des biens qui appartiennent à une commune. Parmi ces biens, les uns sont affectés à l'usage de tous les habitants, tels que chemins vicinaux, chemins ruraux (1), places, rues et passages. Les accessoires de la voie publique qu'on y a incorporés, dans le dessein de l'embellir ou de faciliter la circulation, comme les arcs de triomphe, les statues, les appareils d'éclairage, rentrent naturellement dans le domaine public communal (2). Il en est de même des fontaines publiques (3), des canaux ou

(1) La loi du 20 août 1881 définit les chemins ruraux (art. 1) et crée une présomption de propriété au profit de la commune. L'art. 3 est ainsi conçu : « *Tout chemin affecté à l'usage du public est présumé, jusqu'à preuve contraire, appartenir à la commune sur le territoire de laquelle il est situé* ». Il en est différemment des chemins et sentiers d'exploitation, lesquels sont présumés appartenir aux propriétaires riverains, chacun en droit soi (art. 33).

(2) Ducrocq, II, n. 1394.

(3) Ducrocq, *loc. cit.*

aqueducs qui amènent les eaux dans une ville pour un usage public (1) et des eaux elles-mêmes qui alimentent les fontaines publiques ou qui sont affectées dans leur ensemble à des usages publics, tels que le lavage, l'arrosage des rues d'une ville (2). Tous ces biens sont inaliénables et imprescriptibles et constituent ce que la doctrine appelle le *domaine public communal*. Le surplus demeure aliénable et prescriptible, et forme le *domaine privé communal*. Les biens qui le composent se subdivisent en *biens patrimoniaux*, que la commune afferme et dont le revenu tombe dans la caisse municipale, et *biens communaux*, dont les habitants ont la jouissance en nature, tels que landes, bois, forêts et marais communaux (3).

185. Le domaine communal comprend aussi un certain nombre d'édifices destinés à un service communal; mais ici encore des controverses qui doivent demeurer en dehors du cadre de cet ouvrage se sont élevées, notamment en ce qui concerne la propriété des églises et des presbytères (4).

186. C'est seulement aux biens du domaine privé communal que se réfère l'art. 542 ainsi conçu : « *Les biens communaux sont ceux à la propriété desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis* ».

= *A la propriété*. Il y a là une erreur : la propriété de ces biens appartient à la commune, personne morale, et non aux habitants.

= *D'une ou plusieurs communes*. Ajoutez : ou sections de communes.

§ III. *Domaine départemental.*

187. Le code civil ne parle pas du domaine départemental; cela tient à ce que le département n'est devenu personne

(1) Cass., 4 juin 1866, S., 66. 1. 446, D., 67. 1. 35.

(2) Cass., 24 janv. 1883, S., 83. 1. 321. — Cass., 4 juin 1866, précité.

(3) V. en ce qui concerne la propriété des dunes, Bordeaux, 25 juillet 1870 et 6 mars 1872, S., 72. 2. 178, D., 72. 2. 102, *Rev. prat.*, XXIX, p. 121 s. — Fuzier-Herman, I, sur l'art. 542, n. 12.

(4) V. Fuzier-Herman, I, sur l'art. 538, n. 228, 230, 242, sur l'art. 542, n. 20-30. — En ce qui concerne les cimetières, v. Fuzier-Herman, sur l'art. 538, n. 243.

morale qu'après la promulgation du code ; du reste le domaine départemental est moins important que le domaine de l'Etat ou de la commune. Il comprend spécialement les routes départementales, les chemins de fer d'intérêt local et certains édifices affectés à un service public et départemental.

SECTION II

DES DIVERS DROITS RÉELS QUE LES PARTICULIERS PEUVENT AVOIR SUR LES BIENS (1).

188. Le législateur nous en donne une énumération dans l'art. 543, qui contient, à bien dire, une table des matières du livre II : « *On peut avoir sur les biens, ou un droit de* » *propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement* » *des services fonciers à prétendre* ».

Suivent trois titres consacrés, l'un à la propriété, l'autre aux droits de jouissance (usufruit, usage et habitation), le dernier aux servitudes ou services fonciers.

Le droit de *superficie* n'est qu'un droit de propriété d'une nature spéciale, à raison de l'objet même sur lequel il porte (2).

L'art. 543 n'énumère que les droits réels *principaux,* c'est-à-dire ceux qui ont une existence indépendante. Il y a aussi les droits réels *accessoires*, ainsi nommés parce qu'ils se rattachent à un autre droit, à un droit de créance, celui-là principal. Ce sont les hypothèques (art. 2114), et aussi les privilèges sur les immeubles, qui ne sont que des hypothèques privilégiées. Quant au droit de gage et aux privilèges sur les meubles, ils ne constituent que des droits réels imparfaits, à cause de la règle *Meubles n'ont pas de suite par hypothèque* (art. 2119).

189. Ici se place naturellement la question de savoir si l'emphytéose constitue un droit réel dans notre législation actuelle. Qu'est-ce d'abord que l'emphytéose ? On peut la

(1) V. *supra*, n. 3 s. la définition du droit réel et du droit personnel, et les différences qui séparent ces deux catégories de droits.

(2) V. *infra*, n. 341.

définir : le droit de jouir d'un immeuble appartenant à autrui, moyennant une redevance périodique. L'emphytéose était fréquente dans notre droit, où elle était souvent perpétuelle. La législation révolutionnaire abolit les emphytéoses perpétuelles ; quant aux emphytéoses temporaires, elle les laissa subsister et permit même d'en créer à l'avenir, mais seulement pour une durée de 99 ans (loi des 18-29 décembre 1790, art. 1er).

La durée moyenne de la vie humaine était alors de 33 ans (elle dépasse aujourd'hui 36 ans) et par conséquent cette limite de 99 ans représentait trois vies d'homme.

La loi du 11 brumaire an VII, art. 6, rangea l'emphytéose parmi les biens susceptibles d'hypothèques, témoignant ainsi qu'elle la considérait comme un *droit réel immobilier*. A-t-elle conservé ce caractère sous le code civil? La question était discutée avant la loi de 1902. La jurisprudence et la plupart des auteurs admettaient l'affirmative (1). Nos lois modernes, disait-on, n'ont abrogé sur ce point ni expressément ni tacitement le droit antérieur ; donc il subsiste. Mais le silence absolu du code civil à l'égard de l'emphytéose, soit dans l'art. 526, où il énumère les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, soit dans l'art. 543, où il donne l'énumération des divers droits réels sur les immeubles, soit dans les art. 2118 et 2204 où il énumère limitativement les biens susceptibles d'hypothèques et de saisie immobilière faisait naître des doutes très graves sur l'exactitude de cette solution. Le silence de l'art. 2118 paraissait surtout concluant, quand on rapprochait ce texte de l'art. 6 de la loi du 11 brumaire de l'an VII, dont il reproduisait à peu près textuellement l'énumération en supprimant l'emphytéose. Le législateur pouvait-il manifester d'une manière plus significative sa volonté d'abroger l'emphytéose comme *droit réel immobilier?* Dans cette opinion, l'emphytéose ne constituait plus, sous l'empire du code civil, qu'un bail à long terme, conférant

(1) V. notamment Alger, 8 avril 1878, S., 78. 2. 296. — Cpr. Cass., 22 juin 1885, S., 88. 1. 131, D., 86. 1. 268. — *Sic* Merlin *Quest.*, v° *Emphytéose*, sec. 5, § 8 ; Proudhon, *Du domaine privé*, II, n. 710 ; Persil, *Régime hypothécaire*, sur l'art. 2118, n. 15.

au preneur, comme tous les autres baux, un droit simplement personnel de jouissance (1).

Une loi des 25 juin-4 juillet 1902 a mis fin à la controverse, en venant réglementer enfin la nature de l'emphytéose. Aux termes de l'art. 1 de cette loi, le contrat de bail emphytéotique peut donner naissance à un droit réel au profit du preneur. Il faut, pour cela, que le bail ait été contracté pour une période supérieure à 18 ans, sans qu'il puisse dépasser la durée maxima de 99 ans; il faut, en outre, que l'acte exprime l'intention de faire un bail emphytéotique c'est-à-dire que l'on ait voulu créer un droit réel. Il ne faudrait donc pas affirmer que tout bail supérieur à 18 ans est générateur d'un semblable droit; le bail supérieur à 18 années est seulement productif d'obligations, de droits personnels, à moins qu'il n'ait été contracté avec le caractère de bail emphytéotique (2).

On a discuté aussi le caractère réel ou personnel du droit du preneur dans un contrat de bail ordinaire. La controverse trouvera sa place naturelle dans l'étude du contrat de bail (3).

190. On a souvent aussi agité la question de savoir si la possession devait être envisagée comme un droit réel. La controverse n'a pas un grand intérêt pratique; que la possession soit un simple fait, ou qu'elle soit un droit, il est certain qu'elle est protégée pour elle-même et qu'elle procure des avantages sérieux. Les règles qui la concernent sont fixées d'une façon précise, sans qu'on ait à rechercher sa nature véritable, sans qu'on ait besoin de savoir si c'est un droit ou un fait (4).

191. Enfin on se demande parfois s'il ne faut pas ranger parmi les droits réels le *droit d'hérédité*. La question même n'est que le résultat d'une confusion erronée ; le droit d'hé-

(1) Aubry et Rau, II, § 224 *bis*, p. 455. — Cpr. Laurent, VIII, n. 340 s., qui consacre de longs développements à l'emphytéose.

(2) V. sur cette loi et sur le bail emphytéotique, le *Traité du contrat de louage*, II, n. 1444 s.

(3) V. *Traité du contrat de louage*, I, n. 527 s.

(4) *Traité de la prescription*, n. 203 s.

rédité n'existe pas en réalité ; ce n'est pas un droit spécial, c'est l'ensemble de tous les droits transmis au successible ; ce dernier trouve dans le patrimoine du défunt des droits réels et des droits personnels. Sans doute une action, dite action en *pétition d'hérédité,* permet bien à l'héritier de faire reconnaître sa qualité si elle est contestée ; mais l'action en définitive a pour but de faire constater que le successible est vraiment titulaire de tous les droits qui appartenaient au défunt (1).

192. Avant 1789, les droits réels étaient nombreux et leur complication résultait surtout du démembrement possible de la propriété en « domaine direct » et en « domaine utile ». Ce dédoublement de la propriété avait son origine dans un contrat, ordinairement appelé *bail,* aux termes duquel le domaine direct ou « éminent » demeurait au concédant ou bailleur, tandis que le domaine utile pouvait être transmis au concessionnaire, au preneur ou au « tenancier », sous l'obligation d'acquitter certaines charges, certaines redevances. C'est ainsi qu'on connaissait le bail à cens, le champart, le bail à complant, le bail à domaine congéable, le bail à convenant, le bail à locatairie perpétuelle, le bail à vie ou à longues années (2). Nos anciens auteurs n'étaient pas du reste toujours d'accord sur la nature et les effets de ces différents contrats. La législation intermédiaire a supprimé la distinction du domaine direct et du domaine utile ; elle a par ailleurs mis fin aux redevances qui se trouvaient dues au bailleur, et attachées au domaine direct, toutes les fois qu'elles étaient féodales ou mélangées de féodalité, de sorte que le preneur conservait alors un droit de propriété pur et simple ou tout au moins un droit de superficie, suivant le cas. Lorsque les redevances é aient seulement foncières et pouvaient être considérées comme l'objet d'un droit réel retenu sur l'immeuble, sans mélange de féodalité, elles étaient maintenues, mais le droit du bailleur devenait mobilier et la redevance était rachetable ; le preneur conservait encore sur

(1) Demolombe, IX, n. 478 ; Laurent, VI, n. 83.
(2) V. Garsonnet, *Locataires perpétuelles.*

l'immeuble un droit de propriété ou de superficie. Enfin si les redevances ne constituaient qu'un simple loyer ou fermage, elles étaient encore maintenues; mais la propriété de l'immeuble restait cette fois au bailleur, tandis que le preneur avait seulement le droit résultant d'un bail *emphytéotique*. Ainsi tous les anciens contrats de bail s'analysent aujourd'hui, suivant le cas, soit en une transmission de propriété pleine et entière ou de propriété superficiaire, soit en un bail emphytéotique.

193. La plupart des auteurs examinent la question de savoir si les particuliers peuvent établir d'autres droits réels que ceux indiqués dans l'art. 543. La controverse, à la vérité, n'a pas un grand intérêt pratique, et, si elle est née, c'est peut-être que la question n'a pas été très bien posée. On est d'accord pour reconnaître qu'on ne pourrait faire revivre aujourd'hui par un contrat les droits féodaux, ni reconstituer la chaîne hiérarchique des terres, qui était l'un des traits caractéristiques du régime féodal. On est d'accord aussi pour admettre, en sens inverse, que le droit serait valablement constitué s'il ne portait aucune atteinte à la nouvelle organisation sociale. Qu'importe dès lors la qualification donnée à ce droit? Il suffit d'assurer le respect de la convention qui l'a établie. Sans doute, à certains égards, il pourra être intéressant de rechercher si l'on a voulu transmettre un droit de propriété ou de superficie, créer un droit d'usufruit ou de servitude, mais la validité du droit ne sera pas douteuse; ses effets seuls seront variables et l'on devra, pour apprécier l'étendue exacte et la portée du droit constitué, consulter avant tout la volonté des parties contractantes.

L'analyse juridique permettra toujours de ramener le droit que l'on a voulu créer soit à un droit personnel, soit à un droit réel et, s'il s'agit d'un droit réel, on pourra toujours l'envisager ou comme un droit de propriété soumis à l'une des atténuations dont il est susceptible (1), ou comme un usufruit plus ou moins étendu, ou comme une servitude. En d'autres termes, les parties contractantes qui veulent établir

(1) V. *infra*, n. 341 s.

un droit réel ne sont pas soumises à la nécessité de lui donner l'une des qualifications prévues dans l'art. 543 ; il n'y a en cette matière aucun terme sacramentel. En outre les parties peuvent, dans leurs conventions, modifier le type du droit réel qu'elles ont choisi dans les limites spéciales à chacun de ces droits, limites qui seront ultérieurement fixées.

194. Si les droits personnels peuvent varier à l'infini dans la diversité des prestations qui en sont l'objet, si les parties contractantes peuvent même établir des nuances diverses dans les droits réels prévus par l'art. 543, on doit en revanche admettre comme un principe certain que tout droit formant un élément du patrimoine est réel ou personnel; il n'y a pas de place pour une troisième catégorie de droits. En outre, aucun droit ayant une valeur pécuniaire et constituant un élément de patrimoine ne peut revêtir un double caractère, être considéré à la fois comme réel et personnel. On soutiendrait en vain que le législateur a consacré une autre solution ; le code de procédure civile, il est vrai, distingue des actions réelles, personnelles et mixtes ; mais, de cette distinction qui a seulement pour objet la détermination des règles de compétence, on ne doit pas conclure qu'il y ait des droits autres que des droits réels ou personnels, ni des droits ayant les deux caractères à la fois. L'action mixte, en effet, tous les auteurs sont d'accord sur ce point, n'a pas pour fondement un droit mixte déduit en justice, c'est-à-dire un droit qui soit en même temps réel ou personnel (1). Quant à la question de savoir s'il est utile d'admettre à côté d'actions réelles et personnelles des actions dites « mixtes », elle ressort des traités ayant pour objet la procédure civile ; c'est encore dans ces ouvrages qu'il convient de dresser la liste des actions mixtes prévues par le code de procédure.

(1) Demolombe, IX, n. 467 ; Laurent, VI, n. 78.

DE LA PROPRIÉTÉ

195. Le droit réel le plus complet que l'on puisse avoir sur une chose est le droit de propriété. Les autres droits réels ne sont que des démembrements, des *cisaillements*, comme le dit M. Demolombe, du droit de propriété, qui n'est, à bien dire, que la somme de tous les droits réels.

Malgré l'importance, la suprématie du droit de propriété, le code ne présente à ce sujet aucune vue d'ensemble et l'on peut, sans exagération, critiquer la méthode du législateur. Seuls les trois premiers articles du titre II, desquels on pourrait rapprocher l'art. 552, renferment quelques notions générales. On trouve ensuite des applications d'un prétendu « droit d'accession », ce sont en réalité des règles destinées à fixer l'étendue exacte du droit de propriété sur les objets auxquels il s'applique, des corollaires de la maxime « *accessorium sequitur principale* ». Les développements du code sur ce point paraissent même excessifs, et les art. 566 et s. auraient pu disparaître, pour faire place à des dispositions plus utiles qui auraient comblé les lacunes du code sur le droit de propriété.

196. Les critiques susceptibles d'être adressées aux rédacteurs du code civil sont de deux sortes. Tout d'abord certains côtés de la théorie du droit de propriété ont été réglementés en dehors du titre II ; c'est ainsi que les modes d'acquisition ont trouvé place au début du livre III et au titre final de la prescription ; c'est ainsi encore que le législateur a écrit

dans le titre des servitudes certaines dispositions, qui devraient plutôt être envisagées comme des limitations normales de l'exercice du droit de propriété, des restrictions indispensables dans le but de fixer l'état respectif des propriétés limitrophes, de concilier le droit d'un propriétaire avec le droit égal de son voisin (1). C'est là un défaut de méthode, mais il ne nous appartient pas de le corriger, désireux avant tout de respecter scrupuleusement l'ordre des textes ; on retrouvera donc plus ard les dispositions signalées. Il y a d'ailleurs une seconde critique plus grave, dont il importe de tenir compte ici même ; il y a, en effet, dans le code, des lacunes importantes qui doivent nécessairement être comblées ; les caractères généraux du droit de propriété n'ont pas été mis en relief, ni les qualités inhérentes à l'exercice de ce droit ; on n'a pas non plus indiqué les modalités dont ce droit est susceptible ; le code n'a traité nulle part de la sanction du droit, des actions qui en dérivent, ni de la question connexe de la preuve, d'un intérêt considérable pourtant au point de vue pratique; nulle part, enfin, le code ne se préoccupe de certains états particuliers de la propriété, tels que la copropriété, la propriété superficiaire ou souterraine, la propriété incorporelle. C'est pourquoi il convient de remédier au silence du code en consacrant un premier chapitre à des notions générales sur le droit de propriété.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

197. Ces notions se réfèrent à quatre idées principales autour desquelles on peut aisément les grouper: 1° caractères du droit de propriété et facultés inhérentes à ce droit; 2° limites du droit de propriété et restrictions qu'il comporte; 3° de la sanction du droit de propriété, des actions qui en dérivent et de la preuve; 4° de quelques états particuliers de la propriété.

(1) V. *infra*, n. 818, sur la portée de cette critique.

SECTION PREMIÈRE

CARACTÈRES DU DROIT DE PROPRIÉTÉ ET FACULTÉS INHÉRENTES A CE DROIT

198. La propriété dont s'occupe le titre II est la propriété *individuelle*. Telle était déjà la conception du droit romain. Mais la plupart des auteurs qui ont écrit dans ces dernières années sur l'histoire du droit de propriété admettent, du moins quant aux immeubles, qu'avant d'être individuelle la propriété a été *collective*, ou, pour parler comme certains d'entre eux, que le *communisme* a précédé la propriété. D'après cette thèse historique, le communisme ou propriété collective de la peuplade, de la tribu ou du village vient en premier lieu. La propriété familiale ne se fait jour qu'ensuite, soit qu'elle se substitue au communisme, soit qu'elle commence par s'associer à lui dans une mesure qui varie avec les peuples. En dernier lieu seulement apparaît la propriété individuelle. On ne peut donc pas dire que cette forme de la propriété soit de droit naturel. La succession de ces trois phases dans l'appropriation a été constatée chez la plupart des anciens peuples, notamment chez tous ceux de race aryenne. C'est là ce qu'on appelle la théorie de l'évolution de la propriété.

199. Nous n'avons pas à reproduire ici ni à apprécier les attaques que l'on a pu diriger contre la propriété individuelle, à exposer la théorie d'après laquelle la propriété doit compléter son évolution en retournant, sous une autre forme, vers le communisme primitif. C'est là une thèse qui appartient à un autre domaine que celui du droit civil; nous laissons aux économistes le soin de mettre en lumière l'argument capital qui permet encore, dans l'état actuel des sociétés, de légitimer la propriété individuelle, en faisant ressortir sa valeur économique, sa supériorité, au point de vue de la production des richesses. Le code réglemente la propriété individuelle, et c'est ce droit seul qu'il nous faut étudier.

On a pu le définir exactement : « Le droit en vertu duquel

une chose se trouve soumise d'une manière absolue et exclusive à la volonté et à l'action d'une personne ». Cette définition fait ressortir deux caractères essentiels du droit de propriété.

§ I. *Caractères du droit de propriété.*

200. Le droit est tout d'abord *absolu*. Le propriétaire a sur sa chose le pouvoir juridique le plus complet, *plena in re potestas*. Il jouira donc de sa chose comme il voudra, même, si cela lui plaît, d'une manière abusive, tandis que celui qui n'a qu'un droit d'usufruit doit jouir en bon père de famille (1).

Il résulte de la même idée qu'en principe le propriétaire ne peut pas être contraint de se dessaisir de son droit.

Le caractère absolu du droit de propriété permet aussi de repousser la distinction féodale du domaine *direct* et du domaine *utile*. On a cependant essayé de faire revivre cette idée et, dans un intérêt fiscal, on a voulu accorder à l'Etat un droit de propriété primordial sur tous les biens compris dans son territoire, un domaine « *éminent* » qui lui donnerait notamment un privilège ou un droit de prélèvement sur tous les biens compris dans une succession pour le recouvrement des droits de mutation par décès (2). Mais cette thèse contraire aux principes du droit public, contraire aussi à la notion véritable du droit de propriété, tel qu'il est régi par le code civil, doit être repoussée. L'Etat exerce sur les choses comme sur les personnes un droit de « souveraineté » qui lui permet de donner des ordres, c'est-à-dire d'édicter des lois et d'en exiger l'obéissance ; c'est ainsi que l'Etat peut, dans un intérêt général, imposer certaines restrictions à l'exercice du droit de propriété, exiger le paiement de l'impôt, et même poursuivre une expropriation pour cause

(1) Il n'y a pas à rechercher, lorsque le propriétaire veut user de son droit, quel est l'intérêt qui le guide ; les tribunaux doivent sanctionner le droit de propriété, par cela seul qu'on y a porté atteinte, quand bien même l'intérêt du propriétaire n'apparaîtrait pas. Cass., 25 octobre 1897, D., 97. 1. 575.

(2) Cass., 23 juin 1857, S., 57. 1. 401, avec le remarquable rapport de M. le conseiller Laborie.

d'utilité publique. Mais ce sont là des conséquences normales de la souveraineté, et sans aucune analogie avec un droit de propriété que l'Etat exercerait sur les choses situées dans ses limites territoriales. Aussi doit-on rejeter comme ambiguë et douteuse l'expression de « domaine éminent » pour désigner les pouvoirs de l'Etat sur les biens compris dans son territoire ; il vaut mieux user du mot de « souveraineté » pour établir une distinction très nette entre les droits de l'Etat et ceux des particuliers, ainsi que le faisait déjà Portalis dans l'*Exposé des motifs* : « Au citoyen, disait-il, appartient la propriété, au souverain l'Empire » (1).

201. Comme second caractère essentiel, le droit de propriété est *exclusif,* ce qui, en réalité, n'est qu'une façon nouvelle de traduire son caractère absolu. Le propriétaire peut s'opposer à ce qu'un autre retire de sa chose un avantage quelconque, alors même que cela ne lui causerait personnellement aucun préjudice (2). Ainsi, je puis empêcher le voisin de se promener sur ma propriété, alors même qu'il n'y commettrait aucun dégât.

Il en résulte que la propriété d'une même chose ne peut pas appartenir pour le tout à deux personnes différentes. Une même chose peut bien appartenir à plusieurs personnes en commun ; il y aura alors plusieurs copropriétaires de la chose *pour partie.* Mais plusieurs personnes ne peuvent pas être propriétaires de la même chose pour le tout ; car, ainsi que le dit Pothier, « propre et commun sont les contradictoires ». Il existe à ce point de vue une différence remarquable entre le droit de propriété et le droit de créance ; ce dernier peut appartenir *solidairement,* c'est-à-dire pour le tout, à plusieurs personnes. (Voyez art. 1197 s.)

Ce principe ne s'oppose pas à ce que le droit de propriété d'une même chose soit réparti entre plusieurs. Ainsi, l'un

(1) Locré, *Lég.*, VIII, p. 152 s., n. 6 à 8. — Cpr. Aubry et Rau, II, § 190, p. 173.

(2) La Cour de cassation se montre toujours très ferme à cet égard ; elle n'admet pas que l'on écarte l'action tendant à faire respecter le droit de propriété sous prétexte que l'intérêt est minime. Cass., 16 juin 1903, D., 1904. 1. 36 ; 15 juillet 1901, D., 1902. 1. 52 ; elle casse les décisions qui se contentent de réserver le droit éventuel du propriétaire, sans mettre fin aux empiètements actuels. Cass., 25 oct. 1897, D., 97. 1. 575.

peut avoir la propriété d'un terrain et d'une maison sise sur ce terrain et un autre la propriété d'un souterrain creusé sous cette maison (art. 553) ; la propriété du tréfonds peut appartenir à l'un et la superficie à l'autre ; les divers étages d'une maison peuvent appartenir à des personnes différentes (art. 664) ; un terrain étant aménagé en nature d'eau, l'un peut avoir le droit d'*évolage* et un autre le droit d'*assec*. Dans tous ces cas, nous avons, non plusieurs *copropriétaires,* ayant sur la chose un droit de même nature, mais bien plusieurs propriétaires ayant des droits différents, et par suite aucun ne peut demander le partage, à la différence de ce qui a lieu entre copropriétaires (art. 815) (1).

202. Le droit de propriété étant absolu et exclusif, on en doit conclure qu'en principe toute propriété est pleine et libre de toute charge et servitude quelconque ; c'est à celui qui prétend avoir un droit sur la chose d'autrui, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'un titre, d'en fournir la preuve.

203. Enfin le droit de propriété est *perpétuel.* C'est une conséquence du pouvoir absolu que possède le propriétaire de disposer de la chose. Nous verrons toutefois si le droit de propriété n'est pas susceptible de certaines modalités, spécialement d'une modalité résolutoire, si, en d'autres termes, la perpétuité est de l'essence du droit de propriété ou seulement de sa nature.

§ II. *Facultés inhérentes au droit de propriété.*

204. Il ne suffit pas de préciser les caractères généraux du droit de propriété, il importe, surtout au point de vue pratique, de fixer les qualités inhérentes à ce droit, de déterminer les attributs utiles de son exercice. Telle est aussi la méthode suivie par l'art. 544 qui énumère les attributs principaux se rattachant à l'exercice du droit de propriété : « *La propriété* », dit l'art. 544, « *est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

Les effets généraux du droit de propriété, ses attributs,

(1) Cpr. *infra,* n. 340 s

ses facultés, sont les mêmes en principe, quel que soit l'objet mobilier ou immobilier du droit. Toutefois la propriété des meubles, moins certaine et moins stable, n'est pas entourée de garanties légales aussi énergiques que celle des immeubles; elle se perd plus facilement, et l'art. 2279 met un obstacle partiel à la revendication contre les tiers ; d'autre part, la loi est moins exigeante pour l'aliénation des meubles que pour celle des immeubles.

Depuis longtemps déjà on a ramené l'analyse du droit de propriété à trois éléments :

1° Le *jus utendi,* ou droit de se servir de la chose pour tous les usages auxquels elle peut se prêter. Ainsi pour un cheval, le *jus utendi* consistera à le faire travailler; pour une maison, à l'habiter.

2° Le *jus fruendi,* ou droit de jouir de la chose, c'est-à-dire d'en retirer tous les fruits qu'elle est susceptible de donner. Ainsi le droit de jouir d'une maison consistera dans le droit d'en toucher les loyers; le droit de jouir d'un fonds de terre, dans celui de recueillir les récoltes qu'il produira ou de toucher les fermages, s'il est affermé.

On peut rattacher soit au *jus utendi,* soit au *jus fruendi* le droit de chasser sur le terrain et de pêcher dans les eaux dont on est propriétaire. En exerçant son droit de jouissance, expression large de l'art. 544 qui englobe le *jus utendi* et le *jus fruendi,* le propriétaire n'a pas seulement la liberté de modifier la culture de ses immeubles, en défrichant ses forêts, en transformant en prés ou en vignes les terres arables : il peut aussi dénaturer sa chose, la laisser improductive, même la dégrader ou la détruire ; son pouvoir est si absolu qu'il peut aller jusqu'à mésuser de la chose; il n'y a qu'une limite légale à ce pouvoir, la nomination d'un conseil judiciaire au prodigue qui dissipe sans mesure sa fortune.

3° Le *jus abutendi* ou droit de disposer de la chose, soit en l'aliénant, soit en la consommant. Le mot latin *abuti* et son dérivé *abusus* ne désignent pas un usage condamnable, comme notre mot français *abuser,* mais un usage définitif, un usage qui n'est pas susceptible de se renouveler, au moins quant à celui qui a exercé ce droit: telle est l'aliénation ou la con-

sommation de la chose. *Abutimur his quæ nobis utentibus pereunt ; utimur his quæ nobis utentibus permanent.*

205. Le droit de disposition comporte la faculté de faire tous les actes juridiques dont la chose est susceptible : aliénation totale ou partielle, à titre gratuit ou onéreux ; démembrement du droit de propriété, constitution d'un droit réel, usufruit, servitude ou hypothèque, concession d'un bail, etc. Le *jus abutendi* implique encore la faculté d'abdiquer sa propriété sans la transférer à un autre ; si c'est un meuble, il deviendra *res nullius* et appartiendra au premier occupant ; l'abandon d'un immeuble peut avoir pour but la libération des charges qui le grèvent ; on peut citer comme exemple l'abandon de la mitoyenneté prévu par l'art. 656 C. civ.

206. Le droit de disposition est un attribut essentiel de la propriété. Il faudrait donc déclarer nulle, en principe, toute convention par laquelle un propriétaire s'interdirait le droit de disposer librement de ses biens, de même que toute disposition testamentaire par laquelle un testateur retirerait à son héritier ou à son légataire la libre disposition des biens qu'il lui laisse. C'est ce qui résulte soit de l'art. 1598, qui dit en substanee que la loi seule peut déclarer un bien inaliénable, soit de l'art. 1554 qui permet exceptionnellement à la femme qui se marie de stipuler l'inaliénabilité de ses biens pour la durée du mariage. La libre disposition des biens est, comme le dit la cour de cassation, une règle d'ordre et d'intérêt publics, à laquelle la volonté du particulier ne peut pas déroger (arg. art. 6) (1). Il est même fort douteux qu'un testateur puisse valablement interdire, pour un certain temps seulement, à son légataire ou à son héritier la libre disposition de ses biens ; car, si on admettait cette restriction aux principes, quelles limites faudrait-il lui assigner ?

Les motifs admis par la jurisprudence pour permettre des clauses d'inaliénabilité temporaire n'ont pas une bien grande valeur juridique ; on ne peut tirer argument des textes qui, par exception, dans certaines matières spéciales, autorisent

(1) Cass., 20 mai 1879, S., 80. 1. 14, D., 79. 1. 431 ; 19 mars 1877, D., 79. 1. 455, S., 77. 1. 203 ; 6 juin 1853, D., 53. 1. 190, S., 53. 1. 619.

l'inaliénabilité des biens (1); les exceptions devront toujours être interprétées restrictivement; on a tort d'affirmer que l'interdiction des clauses d'inaliénabilité étant fondée sur un intérêt général d'ordre économique, doit s'effacer, dans une certaine mesure, pour donner satisfaction à des intérêts particuliers (2). La libre faculté d'aliéner est un attribut essentiel du droit de propriété; le législateur seul a le droit de restreindre cette faculté dans les limites qu'il juge convenables (3). Mais en dehors d'une disposition légale il ne peut appartenir ni aux particuliers, ni aux tribunaux de réduire les attributs de la propriété (4).

La jurisprudence cependant valide d'une façon constante les clauses d'inaliénabilité, pourvu que la prohibition d'aliéner soit temporaire, d'assez courte durée, et qu'elle soit justifiée par un intérêt sérieux (5).

207. Il importe toutefois de ne pas confondre la défense d'aliéner avec certaines clauses résolutoires, valablement insérées dans certains actes juridiques, comme la clause de retour conventionnel dans une donation, la défense d'aliéner du vivant du donateur dans un partage d'ascendant; il est permis également de restreindre l'aliénation à titre gratuit, sans que pour cela les biens soient mis hors du commerce et sans déroger au principe de la libre disposition des biens (6).

208. Il ne faut pas oublier enfin que si le droit de dispo-

(1) Laurent, VI, n. 103, p. 139. — V. au surplus le commentaire de l'art. 900, *Traité des donations*, I, n. 1311 s.

(2) C'est l'argument admis par la cour d'Angers, dans un arrêt du 29 juin 1842, D., 42. 2. 218.

(3) C'est le motif ordinairement retenu par la jurisprudence, Cass., 20 août 1858, D., 58. 1. 154, S., 58. 1. 589. — Rennes, 22 mars 1862, sous Cass., 27 juillet 1863, D., 64. 1. 494.

(4) La loi édicte parfois d'une façon formelle et impérative l'inaliénabilité de certains biens. V. *Traité de la vente*, n. 105 et s.; en d'autres hypothèses, la loi permet aux particuliers de créer, sous certaines conditions, l'inaliénabilité, par exemple en matière de régime dotal ou de substitutions.

(5) V. dans ce sens Planiol, *Traité de droit civil*, I, n. 1046 et s.

(6) Tantôt la clause d'inaliénabilité a été insérée dans l'intérêt d'un donateur. — Cass., 20 avril 1858, précité; 22 juillet 1896, D., 98. 1. 17; Douai, 23 juin 1851, D., 52. 2. 45, S., 51. 2. 612. — Angers, 29 juin 1842, précité. Tantôt, dans l'intérêt du donataire ou légataire, Cass., 11 juillet 1877, D., 78. 1. 62, S., 77. 1. 443; tantôt même, dans l'intérêt d'un tiers, Cass., 12 juill. 1865, D., 65. 1. 475, S., 65. 1. 342.

sition existe toujours, l'exercice en est subordonné à certaines règles de capacité et à certaines formalités protectrices. Le propriétaire, en effet, n'a pas toujours une capacité suffisante pour aliéner à titre gratuit ou onéreux.

209. A côté de ces trois éléments traditionnels et en quelque sorte classiques du droit de propriété, *jus utendi, fruendi, abutendi,* on signale assez souvent en doctrine le droit « d'exclusion ». Ce n'est à vrai dire que le développement du caractère exclusif du droit de propriété. Tous les actes d'usage, de jouissance, tous ceux qui rentrent dans le droit de disposition sont le monopole exclusif du propriétaire: seul il a le droit de les exercer et, par suite, d'interdire aux tiers toute participation à ces mêmes actes. Dans la mise en œuvre de ce droit d'exclusion, il peut user de deux procédés: ou bien recourir à des moyens de droit, agir en justice, intenter l'action en revendication ou l'action négatoire ; ou bien recourir à des moyens de fait, enfermer par exemple sa propriété, l'entourer de haies, de fossés ou de murs. Ainsi lorsque l'art. 647 C. civ. permet à tout propriétaire de clore son héritage, ce texte ne fait que consacrer l'une des conséquences du droit d'exclusion (1).

210. Lorsque, dans l'analyse des facultés inhérentes au droit de propriété, on classe ainsi à part la faculté d'exclusion des tiers, on ramène parfois à trois groupes les éléments divers du droit : dans le premier, on range tous les actes d'usage, de jouissance ou de disposition en nature ; dans le deuxième, on met tous les actes juridiques d'administration ou d'aliénation ; dans le troisième enfin, on place les procédés divers qui permettent d'exclure les tiers de toute participation aux actes de fait ou de droit compris dans les deux premières catégories, et, pour résumer dans une formule concise les attributs du droit de propriété, on peut proposer la suivante : le propriétaire peut user, jouir et disposer de sa chose en fait et en droit d'une manière absolue et exclusive.

(1) Sur la question de savoir si les tribunaux ne pourraient, dans le cas de nécessité impérieuse, permettre à une personne de s'introduire sur la propriété d'autrui, v. *infra,* n. 929.

211. Toutes les facultés inhérentes au droit de propriété, tous ses attributs et le droit lui-même sont de leur nature imprescriptibles, c'est-à-dire que le non-usage ne suffit pas pour entraîner leur extinction ; il faut encore qu'un tiers ait acquis par un usage continu, par une possession utile et suffisamment prolongée le droit de propriété, ou l'un de ses démembrements, une servitude, par exemple, venant restreindre l'une des facultés inhérentes au droit.

SECTION II

LIMITES DU DROIT DE PROPRIÉTÉ ET RESTRICTIONS QU'IL COMPORTE

§ I. *Restrictions imposées par la loi ou par les règlements de l'autorité administrative.*

212. Si absolu que soit le droit de propriété, si larges que soient ses facultés, si étendus que se trouvent ses attributs, il n'en est pas moins entouré de certaines restrictions et l'on peut fixer par ailleurs les limites de son exercice légitime.

L'art. 544 lui-même prend soin d'annoncer l'existence de restrictions auxquelles le droit de propriété est susceptible d'être soumis. Des intérêts d'ordre supérieur, d'ordre social, général ou public, commandent parfois que l'on fasse plier quelque peu l'absolutisme du droit de propriété, que l'on interdise aux propriétaires certains actes d'exercice, même qu'on les oblige à faire quelque chose, à remplir diverses obligations, par le seul fait qu'ils sont détenteurs de biens placés dans certaines conditions. Le législateur, sous la seule réserve du respect dû à la constitution et aux principes du droit public, est libre de déterminer l'étendue du sacrifice que la propriété doit subir dans l'intérêt général. Ces restrictions législatives du droit de propriété appartiennent au domaine du droit administratif; c'est dire que nous n'avons pas l'intention de les étudier, ni même de les énumérer complètement ; il nous suffira de signaler les principales. On peut citer celles relatives à l'alignement et à la hauteur des cons-

tructions [1]; à la réparation ou à la démolition des bâtiments menaçant ruine [2] ; à l'enlèvement des travaux de démolition [3]; aux ouvrages ou dépôts de nature à compromettre la sûreté de la circulation sur les chemins de fer [4] ; à l'établissement des manufactures, usines et ateliers insalubres, dangereux ou incommodes [5]: au dessèchement des marais et à la suppression des étangs insalubres ou de nature à causer des inondations [6] ; à l'assainissement des logements insalubres [7] ; à la prohibition d'élever des habitations ou d'établir des puits dans un certain rayon autour des cimetières [8]; au droit accordé aux entrepreneurs de fouiller les terrains voisins d'un chemin public pour y prendre les matériaux nécessaires à la confection ou à l'entretien du chemin [9]; au défrichement des forêts, au reboisement et au gazonnement des montagnes [10]; à l'exploitation des mines, minières, mines de sel, sources ou puits d'eau salée [11]; à la défense de faire des fouilles ou sondages dans le périmètre de protection d'une source d'eau minérale déclarée d'utilité publique [12] ; à la culture du tabac [13].

213. Ce n'est pas seulement la loi qui, en termes exprès, vient restreindre l'exercice du droit de propriété : le pouvoir règlementaire, lui aussi, dans la limite de ses attributions, peut intervenir dans le même sens ; c'est ainsi que les arrêtés de police municipale peuvent édicter certaines restrictions

(1) L. des 7-14 oct. 1790, art. 1; L. du 16 sept. 1807, art. 54; décrets des 26 mars 1852 et 27 juillet 1859 ; L. du 4 mai 1864.

(2) L. des 16-24 août 1790, tit. XI, art. 3.

(3) L. du 13 fructidor an V, art. 2 et 3.

(4) L. du 15 juill. 1845, tit. III; L. du 12 juill. 1865, art. 4.

(5) Décret du 15 oct. 1810; L. du 13 avril 1850; Décret du 31 déc. 1866.

(6) L. du 16 sept. 1807.

(7) L. du 13 avril 1850 ; L. du 25 mai 1864.

(8) Décrets du 23 prairial an XI ; du 7 mars 1808 ; du 4 avril 1861.

(9) L. des 28 sept.-6 oct. 1791, tit. I, sect. V, art. 1; L. du 26 pluviôse an VIII, art. 4; L. du 21 mai 1836, art. 17 et 18 ; L. du 20 août 1881, art. 14.

(10) L. du 8 juin 1859 ; L. du 28 juin 1860, art. 5 s.; Décret du 27 avril 1861.

(11) L. du 14 juill. 1856.

(12) L. du 21 avril 1810; L. du 27 avril 1838 ; L. du 9 mai 1866 ; L. du 17 juin 1840.

(13) L. du 28 avril 1816, art. 172 à 229; L. du 28 avril 1819; L. du 19 avril 1829; L. du 15 fév. 1835; L. du 23 avril 1840; L. du 3 juill. 1852; L. du 22 juin 1862.

ou ordonner certaines mesures dans un intérêt de sûreté, de sécurité ou de salubrité publique, réglementer par exemple la construction des fosses d'aisances, des cheminées, des fours, etc. La compétence du pouvoir réglementaire, à ce point de vue comme à beaucoup d'autres, est assez difficile à préciser, le maire devant concilier le respect dû à la propriété avec les nécessités de la police locale; c'est encore au droit administratif qu'il appartient de résoudre ce problème. La cour de cassation est appelée, on le sait, à apprécier la légalité des arrêtés de police municipale et à préciser les limites de la compétence du pouvoir réglementaire des maires.

214. L'atteinte la plus grave que puisse subir le droit de propriété réside dans la nécessité pour le propriétaire de supporter la cession de son droit. En principe, le propriétaire est libre de conserver sa chose, il ne peut être contraint de s'en dessaisir; mais l'intérêt public fait parfois fléchir cette règle. L'art. 545 a pris soin, il est vrai, de déterminer les conditions mêmes d'une cession inévitable, et la règle qu'il édicte, contenue autrefois dans la constitution, pourrait même être considérée comme un principe de droit public : « *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété,* dit l'art. 545, *si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ».

= *Pour cause d'utilité publique.* Le législateur du code civil a modifié avec intention la formule employée par la déclaration de 1789 et par les constitutions de 1791, de 1793 et de l'an III, qui exigeait qu'il y eût *nécessité publique* (1).

= *Moyennant une juste et préalable indemnité. — Juste,* c'est-à-dire suffisante pour compenser le préjudice subi par l'exproprié; autrement l'expropriation serait une spoliation. *Préalable,* c'est-à-dire payée antérieurement à la dépossession, d'où il résulte : 1° que l'exproprié a le droit de *rétention* jusqu'au paiement de l'indemnité d'expropriation; 2° qu'il peut

(1) Les chartes de 1814 et de 1830 employaient l'expression d'*intérêt public* plus voisine de l'art. 545 : « L'Etat peut exiger le sacrifice d'une propriété pour cause d'intérêt public légalement constaté ».

exiger que l'indemnité lui soit payée en un capital, et non en une rente, car le paiement de la rente ne serait pas préalable.

L'expropriation pour cause d'utilité publique est aujourd'hui régie par les lois des 3 mai 1841 et 27 juillet 1870 (1).

§ II. *Limites rationnelles dérivant du respect dû aux droits d'autrui, spécialement aux droits des voisins.*

215. La propriété n'est pas seulement soumise à des restrictions imposées par la loi ou par les règlements de l'autorité administrative. Malgré son caractère absolu, elle doit encore être circonscrite en des limites rationnelles qui assurent le légitime exercice des facultés inhérentes à ce droit. Il ne s'agit plus, à vrai dire, d'atteintes véritables au droit de propriété, ce n'est plus un sacrifice qu'on lui demande ; ces limites sont plutôt déterminées dans l'intérêt même de la propriété ; elles ont pour objet de préciser son régime normal, son exercice naturel, d'en assurer le respect contre les entreprises possibles des autres propriétaires, de régler, en un mot, les conflits d'ordre privé et de droit civil, susceptibles de naître dans les rapports respectifs des propriétaires voisins. Le but général du droit civil est « d'assigner à l'exercice de la liberté naturelle de chaque individu les restrictions nécessaires pour la rendre compatible avec celle des

(1) En dehors de ces lois fondamentales qui constituent en quelque sorte le droit commun de l'expropriation, il y a des lois spéciales à certaines matières, par exemple la loi du 16 septembre 1807, tit. XI, art. 50 à 53, concernant l'expropriation par suite d'alignement ; la loi du 30 mars 1831, relative à l'expropriation, en cas d'urgence, des propriétés privées nécessaires aux travaux de fortification ; la loi du 21 mai 1836 sur les chemins vicinaux et celle du 8 juin 1864 relative aux rues formant le prolongement de pareils chemins ; le décret des 10 août-23 septembre 1853 sur le classement des places de guerre et postes militaires ; la loi du 3 juillet 1877 relative aux réquisitions militaires. La matière de l'expropriation pour cause d'utilité publique appartient plutôt au droit administratif qu'au droit civil ; c'est pourquoi nous nous contentons de fournir quelques indications bibliographiques ; en dehors des traités généraux sur le droit administratif, on peut consulter Herson, *De l'expropriation pour cause d'utilité publique*, 1 vol. in-8 ; Delalleau et Jousselin, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, 2 vol. in-8, 5e éd. ; Peyronny et Delamarre, *Commentaire théorique et pratique des lois d'expropriation pour cause d'utilité publique*, 1 vol. in-8 ; Daffry de la Monnoye, *Les lois d'expropriation pour cause d'utilité publique*, 1 vol. in-8.

autres » (1). Ce principe s'applique aussi bien à l'exercice du droit de propriété qu'à l'exercice de tout autre droit. Le respect que j'exige pour ma propriété m'oblige à respecter celle des autres, tant il est vrai que tout droit a pour corrélatif un devoir : ainsi le droit d'user à son gré de la chose se trouve nécessairement limité par l'obligation de laisser au voisin la faculté de jouir aussi de sa propriété. Cette idée, Portalis l'avait mise nettement en lumière dans l'exposé des motifs. « Le droit du propriétaire, disait-il, quelque étendu qu'il soit, comporte quelques limites que l'état de société rend indispensables. Vivant avec nos semblables, nous devons respecter leurs droits, comme ils doivent respecter les nôtres. Nous ne devons pas nous permettre, même sur notre fonds, des procédés qui pourraient blesser les droits acquis d'un voisin ou de tout autre » (2). Pothier, de son côté, avait déjà pris soin de noter la même idée dans cette définition de la propriété : « Le droit de disposer d'une chose comme bon semble, sans donner atteinte aux droits d'autrui ni aux lois » (3).

Si l'article **544** n'a pas reproduit la même réserve, il n'en faut pas conclure que les rédacteurs du Code civil aient répudié l'exactitude de cette notion ; l'exposé des motifs suffirait à la preuve contraire, si le code n'avait pas fait, par ailleurs, des applications formelles de cette idée, au titre des servitudes, par exemple dans les art. **671**, **674**, **675**, **684**. Du reste cette limite indispensable au droit de propriété ressort des principes généraux du droit ; en effet l'obligation qui incombe au propriétaire de respecter le droit d'autrui et de réparer le dommage injuste qu'il a pu causer, même dans la mise en œuvre des attributs attachés à son droit de propriété trouve une sanction suffisante dans les termes très généraux des art. **1382** s. C. civ. (4).

(1) Aubry et Rau, I, § 22, p. 42.

(2) Locré, IV, p. 80.

(3) Pothier, *Traité du domaine de propriété*, n. 4 ; *Introduction générale aux coutumes*, n. 100.

(4) Ce principe a été plusieurs fois consacré par la jurisprudence. — V. notamment Cass., 17 avril 1872, S., 72. 1. 76, D., 72. 1. 352. — Caen, 26 juill. 1876, S., 77. 2. 253.

216. Le seul fait du voisinage impose donc certaines limitations à l'exercice des facultés inhérentes à la propriété, dans l'intérêt réciproque des propriétaires. Ce caractère de réciprocité démontre bien l'exactitude des observations précédentes et prouve qu'il s'agit uniquement de faire respecter la propriété elle-même et de régler le conflit entre les droits respectifs des propriétaires voisins. Le code a déterminé en termes exprès quelques-unes de ces limitations, les plus usuelles, les plus indispensables, celles qui sont d'une application générale et constante ; en effet les dispositions écrites au titre des *Servitudes*, concernant les précautions à prendre pour l'écoulement des eaux (art. 681), l'aménagement des jours et des vues (675-681), la distance à observer pour les plantations (art. 671-674), la distance et les ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions (art. 674) reposent sur la nécessité des limitations réciproques imposées aux propriétaires voisins.

217. Mais il est d'autres applications de la même idée que le code n'a pas signalées, et qu'il convient d'enregistrer ici comme corollaires d'une formule générale dans laquelle se trouverait circonscrite l'obligation inhérente au voisinage. Cette formule, il est vrai, semble assez difficile à construire et on ne peut guère se flatter d'atteindre une extrême précision. Voici toutefois une proposition qui paraît acceptable : tout propriétaire est limité dans l'exercice de son droit de propriété par la défense de porter atteinte au droit égal du propriétaire voisin (1). Cette formule implique tout d'abord qu'il ne suffit pas d'une simple privation de jouissance causée au voisin, d'un préjudice quelconque, pour entraver l'exercice du droit de propriété. La question, sans doute, est délicate de fixer le point où commence et celui où s'arrête la lésion du droit ; il faudra, de toute nécessité, recourir à une analyse, minutieuse en ses détails, des facultés, des attributs, des avantages qui composent le droit de propriété, pour savoir si l'un d'entre eux se trouve atteint et diagnostiquer ainsi la lésion du droit.

(1) Laurent, VI, n. 138.

218. Du reste, les exemples fournis par la pratique jettent une clarté assez nette sur la distinction demandée. Il n'y aura pas d'atteinte au droit du voisin, par suite aucune base d'action en dommages-intérêts, aucune limite imposée à l'exercice du droit de propriété, lorsqu'un propriétaire aura élevé sur son fonds des constructions qui auraient pour résultat de priver le voisin de l'agrément d'une vue dont il jouissait jusqu'alors (1). De même il a toujours été admis en principe que le propriétaire est libre de faire des fouilles dans son fonds et de couper ainsi les veines d'une source qui jaillit dans le fonds voisin, sauf, en ce qui concerne les eaux minérales, le respect dû à la loi du 14 juillet 1856 (2). Le propriétaire est libre encore, sans s'exposer à une action en dommages-intérêts, d'opérer la démolition d'un mur qui, en fait, servait d'appui au bâtiment voisin, si aucune servitude n'avait été stipulée (3).

219. En sens inverse, il y aurait lésion d'un droit dans les hypothèses suivantes et le propriétaire devrait s'arrêter dans l'exercice de son droit, sous peine d'être tenu de réparer le préjudice causé. Il ne pourrait, par exemple, opérer des fouilles ni creuser des fossés, de façon à amener la ruine des constructions ou des plantations voisines, à provoquer des éboulements de terre (4); si, par exemple, un fossé creusé à la limite extrême d'un héritage rendait imminent l'éboulement des terres du voisin, les tribunaux seraient autorisés à prescrire le reculement du fossé et à suivre, dans leur appréciation à cet égard, les anciens usages sur la matière (5). De même celui qui, pour rectifier le cours d'un ruisseau coulant sur sa prairie, creuse un canal au pied d'un talus soutenant la terre d'un propriétaire voisin, doit prendre les mesures nécessaires pour ne point diminuer la solidité du sol supérieur, sous peine

(1) Cass., 31 juill. 1855, S., 56. 1. 393.

(2) Cass., 4 décembre 1849, S., 50. 1. 33; 14 février 1882, D., 83. 1. 97. — Montpellier, 16 juillet 1866, S., 67. 2. 115. — V. aussi Cons. Etat, 11 juillet 1879, D., 80. 5. 375.

(3) Aubry et Rau, § 194, p. 200, note 19; Demolombe, XII, n. 648.

(4) Cass., 29 nov. 1832, S., 33. 1. 19. — Colmar, 25 juillet 1861, S., 61. 2. 577. — Dijon, 16 mai 1876, D., 77. 2. 37. — Le propriétaire ne pourrait non plus corrompre l'une des veines d'une source et rendre ainsi la source entière inutilisable. — Besançon, 6 mars 1888, D., 89. 2. 223.

(5) Cass., 11 avril 1848, S., 48. 1. 395; 3 juillet 1849, S., 49. 1. 624.

d'être responsable des éboulements qui pourraient se produire (1).

Il va sans dire que les éboulements provenant de la pente naturelle ou des vices du terrain n'engagent nullement la responsabilité des propriétaires. Même un propriétaire conserve le droit de faire des travaux défensifs contre un cours d'eau, malgré le dommage causé à d'autres riverains, ceux-ci ayant toujours la liberté d'entreprendre les mêmes travaux (2).

Un propriétaire porterait encore atteinte au droit d'autrui, et donnerait ouverture à une action contre lui, par l'envoi sur le fonds voisin de poussière ou de terre en quantité dommageable (3) ou par la transmission aux maisons voisines de fumées qui rendraient la maison incommode ou dégraderaient les meubles ou les appartements (4), ou par des dépôts de matières fétides répandant une odeur insalubre de nature à nuire à la santé ou aux récoltes (5), ou encore par la production dans une usine de gaz délétères, nuisibles soit aux habitants des maisons riveraines, soit à la végétation des plantes voisines (6). De même, le bruit causé par le roulement d'une usine ou par un établissement industriel quelconque est susceptible de motiver de la part des voisins une demande en dommages-intérêts, si, par sa continuité et son intensité, il cause une gêne vraiment intolérable et rend le voisinage difficilement habitable. Il en résulte, en effet, une dépréciation notable de toutes les propriétés environnantes, au point de vue de leur vente et de leur location (7). L'existence d'un théâtre peut aussi entraîner pour le voisinage des inconvénients assez graves pour faire accueillir une demande

(1) Dijon, 13 décembre 1867, S., 68. 2. 219.

(2) Cass., 11 juillet 1860, D., 61. 1. 110.

(3) Colmar, 16 mai 1827, S., 28. 2. 23; Aubry et Rau, II, § 194, p. 196 ; Demolombe, XII, n. 658.

(4) Cass., 29 nov. 1844, S., 44. 1. 811 ; 8 juin 1857, S., 58. 1. 305, D., 57. 1. 293. — Bordeaux, 30 janv. 1839, D. *Rép.*, v° *Responsabilité*, n. 118. — Cpr. Aix, 8 déc. 1902, *Gaz. Trib.*, 30 décembre 1902, pour des fumées d'usine endommageant un vignoble.

(5) Cass., 8 juin 1857, précité.

(6) Cass., 17 juin 1845, S., 45. 1. 825 ; 24 janv. 1866, S., 66. 1. 170.

(7) Cass., 20 fév. 1849, S., 49. 1. 346. — Metz, 25 août 1863, S., 64. 2. 57. — Dijon, 10 mars 1865, S., 65. 2. 343.

en dommages-intérêts (1). Enfin, il est certain que l'établissement d'une maison de tolérance cause aux propriétés voisines une gêne assez grande et une dépréciation suffisante, une lésion de droit assez marquée pour assurer le succès d'une action en dommages-intérêts (2).

Lorsque l'établissement créé par le voisin est de nature à augmenter les risques d'incendie pour l'immeuble contigu, le propriétaire du bâtiment, ainsi menacé, obligé de payer une prime plus élevée à la compagnie qui l'assure, est-il fondé à réclamer, comme dommages-intérêts le remboursement de cette surprime au voisin? La jurisprudence admet, avec raison que si, en créant l'établissement industriel, le voisin a pris les précautions les plus minutieuses pour prévenir tout accident, le propriétaire de l'immeubte contigu ne peut réclamer aucune indemnité sur le fondement de la surprime exigée par la compagnie d'assurances (3). La demande ne pourrait être accueillie que dans le cas où l'on aurait négligé de prendre toutes les précautions possibles contre le danger d'incendie; dans cette hypothèse l'on pourrait prescrire les mesures utiles et, faute par le propriétaire de l'établissement industriel d'exécuter ces mesures, le condamner à des dommages-intérêts.

220. Il est permis maintenant, grâce aux exemples rappelés, de saisir la différence entre le simple préjudice résultant d'une privation de jouissance et l'atteinte véritable au droit d'autrui. Il faut, toutefois, se mettre en garde contre une application irréfléchie de la formule proposée. Elle comporte, en un sens, une restriction, et en un autre sens, une certaine extension.

(1) Cass., 6 fév. 1865, S., 66. 1. 402; 24 avril 1865, S., 66. 1. 169.

(2) Cass., 3 décembre 1860, et 27 déc. 1861, S., 61. 1. 840 et 844; 5 juin 1882, D., 83. 1. 291; 8 juillet 1884, S., 85. 1. 489, D., 85. 1. 231. — Alger, 22 fév. 1898, D., 99. 2. 6. — La cour de Douai a, dans une espèce intéressante, décidé que le fait d'établir une marquise devant une porte, ou de placer soit des arbustes sur le trottoir, soit des rideaux perpendiculaires à une devanture, peut, en masquant la vue du voisin, donner lieu à une action en dommages-intérêts. Douai, 13 fév. 1897, D., 97. 2. 351. — V. pour l'hypothèse de la création d'un asile de tuberculeux, Limoges, 5 fév. 1902, D., 02. 2. 95.

(3) Cass., 11 nov. 1896, D., 97. 1. 10, S., 97. 1. 273 et la note de M. Blondel. — V. aussi un article de M. Capitant, *Rev. crit. de législ.*, 1897-1898.

L'application en est, tout d'abord, restrictive en ce sens que la lésion doit présenter une certaine gravité ; en d'autres termes, le voisin ne saurait se plaindre des inconvénients habituels, inévitables, des petites incommodités inséparables du voisinage ; les nécessités de la vie commune imposent certains usages susceptibles de causer quelque gêne, mais chacun doit supporter ces inconvénients réciproques ; du moment où ils ne dépassent pas la mesure normale et habituelle des incommodités inhérentes au voisinage, une action en dommages-intérêts ne saurait être accueillie (1). Les tribunaux apprécient, en fait, si le préjudice, dont on se plaint, est excessif, supérieur à l'inconvénient ordinaire que créent les obligations de la vie ; ils peuvent, à cet égard, prendre en considération certaines circonstances, variables d'un lieu à l'autre, et tenir compte d'habitudes locales ; pourtant, on ne doit pas poser en principe, que dans une ville industrielle, les habitants sont privés du droit d'élever des réclamations contre les usines, dont le bruit, la fumée, les exhalaisons nuisibles viennent les incommoder (2).

221. Parfois, on a prétendu que, pour l'application de la formule, on devait aussi tenir compte de l'époque où aurait été construit l'établissement industriel, gênant pour les maisons voisines ; l'antériorité de son existence par rapport à la construction de ces dernières, créerait au profit de l'usinier comme un droit de *préoccupation* formant obstacle à la plainte des voisins (3). L'opinion ainsi formulée nous paraît trop absolue. Sans doute, l'antériorité de l'établissement industriel doit être prise en considération ; le plus souvent, on y verra la preuve de l'insuffisance du préjudice ; le voisin, en effet, à même d'apprécier l'étendue des inconvénients de l'usine, n'aurait pas risqué une construction, s'il les avait jugés considérables ; autrement, il y aurait eu quelque imprudence de sa part à construire, sans avoir fait statuer auparavant sur la difficulté. Le tribunal pourrait donc, en fait, écarter la demande en constatant que le préjudice n'est pas sérieux, ou

(1) Cass., 16 juill. 1902, D., 02. 1. 431.
(2) Cpr. Laurent, VI, n. 145.
(3) Demolombe, XII, n. 659 et 660.

réduire le chiffre des dommages-intérêts en considérant ce préjudice comme peu grave (1). Mais il n'existe pas un droit de *préoccupation*, capable de faire échec à toute action en dommages-intérêts (2); il y aura toujours une question de fait soumise au tribunal; du reste, les inconvénients de l'usine ont pu, pour différentes causes, s'aggraver ou ne se réaliser dans toute leur intensité qu'après la construction des maisons. En tout cas, le propriétaire qui ne pourrait utiliser son terrain comme emplacement à bâtir, à cause de la proximité gênante de l'usine, serait fondé à réclamer de ce chef des dommages-intérêts ; il aurait aussi la faculté, avant d'entreprendre sa construction, de faire régler la question d'indemnité ou d'exiger un meilleur aménagement de l'usine (3).

222. En sens inverse, par une application extensive de la formule, une action en dommages-intérêts est ouverte, alors même que le propriétaire demeure dans les limites de son droit, s'il agit par malice, dans le seul but de causer préjudice à autrui, ou même si, en agissant sans intention mauvaise, il commet une imprudence grave qui entraîne un dommage pour le voisin (4). En pareil cas, il ne s'agit plus, à la vérité, de savoir si le propriétaire a ou non franchi les limites de son droit ; il s'agit, toute question de propriété mise à part, de réprimer un acte illicite, de réparer le délit ou le quasi-délit civil inhérent à tout acte malicieux et dommageable (5). Ainsi, un propriétaire ne pourrait élever en face de la fenêtre de son voisin une fausse cheminée, sans autre but que de masquer l'ouverture et d'enlever au voisin le peu de jour qui lui restait devant la construction nouvelle (6). De même, un propriétaire ne saurait méchamment couper les veines d'une source qui jaillit chez le voisin, non pour se servir lui-même

(1) Cass., 8 juill. 1884, S., 85. 1. 487, D., 85. 1. 231.

(2) Aix, 19 nov. 1878, D., 79. 2. 219.

(3) Aubry et Rau, II, § 194, p. 197; Laurent, VI, n. 149. — Paris, 16 mars 1841, S., 44. 1. 811. — Dijon, 10 mars 1865, S., 65. 2. 343. — Cpr. Décret du 15 oct. 1810, art. 9.

(4) Cpr. Cass., 1er juin 1881, D., 83. 1. 332.

(5) Aubry et Rau, § 194, p. 200, note 19; Demolombe, XII, n. 648; Laurent, VI, n. 140.

(6) Colmar, 2 mai 1855, D., 56. 2. 9.

des eaux de la source, mais pour les déverser en pure perte dans une rivière (1). L'inaction d'un propriétaire ne servirait cependant pas de base à une demande d'indemnité, malgré le préjudice qui pourrait résulter de cette inaction : ainsi, un propriétaire insouciant néglige de défendre sa propriété contre l'action des eaux ; le terrain emporté peu à peu entraîne l'écroulement des maisons voisines : ce fait n'engage pas la responsabilité du propriétaire, et nul ne peut le contraindre à l'exécution des travaux destinés à empêcher la ruine des maisons (2).

223. Lorsqu'un voisin élève une plainte légitime contre les agissements d'un autre propriétaire, quel est le résultat de l'action exercée en justice ? Sans aucun doute, les tribunaux peuvent allouer des dommages-intérêts jusqu'à concurrence du préjudice causé. L'indemnité doit réparer d'abord le dommage souffert dans le passé et non pas seulement celui subi depuis la demande, l'art. 1146 n'étant d'aucune application à la matière des délits ou quasi-délits (3). Les tribunaux peuvent, en outre, accorder des dommages-intérêts en réparation du préjudice qui doit se produire dans l'avenir, si les choses restent dans le même état. Tant que le fait dommageable subsiste, le préjudice demeure certain et les tribunaux peuvent, dans leur sentence, envisager les conséquences futures de ce fait connu, pour éviter aux parties le renouvellement trop fréquent du même procès ; la décision, pour l'avenir aura, il est vrai, un caractère conditionnel ; la condamnation sera subordonnée à la persistance du préjudice actuel, ce qui permettra toujours aux parties d'en demander la modification, soit que le préjudice augmente, soit au contraire qu'il diminue ou disparaisse. Dans la détermination des dommages-intérêts, le juge tiendra compte, non seulement du dommage matériel causé aux propriétés voisines, de dégradations subies par les maisons, les meubles, les récoltes, mais

(1) Cass., 10 juin 1902, D., 1902. 1. 454 ; Lyon, 18 avril 1856, D., 56. 2. 199. — V. aussi Montpellier, 16 juillet 1866, S., 67. 2. 115.

(2) Laurent, VI, n. 141. — Gand, 3 mars 1854, *Pasicrisie*, S., 54. 2. 238.

(3) Cass., 8 mai 1832, S., 32. 1. 398. — Aubry et Rau, II, § 194, p. 198, note 12 ; Demolombe, XI, n. 50.

aussi de la dépréciation des fonds, dont la valeur vénale ou locative diminue par suite d'un voisinage gênant (1).

L'indemnité accordée pour le dommage à venir est d'ordinaire réglée sous forme d'annuités ; c'est, en effet, le mode de règlement qui respecte le mieux le caractère conditionnel et révocable de l'indemnité allouée.

224. Les tribunaux ont un autre moyen de résoudre le problème soulevé par la crainte d'un préjudice à venir, et ils disposent, à cet égard, d'une autre sanction ; ils peuvent, en effet, prescrire une modification de l'état de choses dommageable, et ordonner l'exécution de travaux destinés à mettre fin au préjudice causé par l'exercice abusif du droit de propriété (2) : même ils pourraient aller jusqu'à imposer la suppression complète de l'établissement ou de l'ouvrage dommageables s'il n'y avait aucun moyen d'y introduire des améliorations suffisantes (3).

En tout cas, des dommages-intérêts n'en seront pas moins alloués pour le préjudice antérieur au jugement, la modification ou la suppression de l'état de choses ne concernant que l'avenir; si, même, les modifications ordonnées avaient seulement pour but de réduire le préjudice, des dommages-intérêts complémentaires seraient accordés à raison du préjudice partiel qui subsisterait encore dans l'avenir.

225. Toutefois aucune transformation ne peut être prescrite, s'il s'agit d'un établissement que l'administration a autorisé dans l'exercice de son pouvoir réglementaire ; seule, l'autorité administrative, qui a permis la création de l'établissement, peut en imposer la suppression ou imposer les modifications utiles. Les tribunaux doivent ici respecter le principe de la séparation des pouvoirs et la défense générale qui leur est faite de s'immiscer dans la connaissance des actes administratifs, pour en arrêter ou en modifier l'exécu-

(1) Cass., 17 juillet 1845, S., 45. 1. 825. — Aubry et Rau, II, § 194, p. 199, note 14 ; Demolombe, XII, n. 654.

(2) Cass., 27 novembre 1844, S., 44. 1. 811, D., 45. 1. 13 ; 8 juin 1857, S., 58. 1. 305, D., 57. 1. 293.

(3) Il est vrai que cette sentence sera sanctionnée au moyen de dommages-intérêts à tant par jour de retard dans l'exécution du jugement.

tion (1). Le tribunal pourra seulement constater la nécessité de certaines mesures, et renvoyer les parties devant l'autorité administrative, pour lui demander une décision sur les modifications à introduire; il ne pourrait les ordonner lui-même ni directement ni indirectement sous la sanction de dommages-intérêts très élevés, à tant par jour de retard.

Le pouvoir des tribunaux ne cesse qu'en présence d'un établissement autorisé. Il ne suffit pas qu'un établissement insalubre ou incommode soit en principe soumis à la nécessité d'une autorisation; le silence de l'administration ne saurait être considéré comme une autorisation tacite (2).

Si les tribunaux sont incompétents pour ordonner la suppression ou la modification d'établissements pourvus d'une autorisation administrative, ils conservent la faculté de prononcer une condamnation à des dommages-intérêts aussi bien pour le préjudice passé que pour le préjudice à venir ; une pareille sentence, en effet, laisse entier l'acte administratif et l'on aurait tort de la critiquer en l'envisageant comme une atteinte au pouvoir de l'administration; celle-ci a surtout pour mission, quand elle accorde l'autorisation, de sauvegarder l'intérêt général; mais elle observe le respect dû aux droits et aux intérêts privés, en laissant aux tribunaux, le cas échéant, le soin de les sanctionner ; l'autorisation n'est accordée que sous la réserve des droits des tiers, sous la condition tacite de n'y porter aucune atteinte et de réparer le préjudice causé (3).

(1) Cass., 8 novembre 1864, S., 64. 1. 495. — Bourges, 9 déc. 1889, D., 91. 2. 118. — Cpr. Paris, 19 avril 1893, D., 93. 2. 534. — Aubry et Rau, II, § 194, p. 197, note 10.

(2) Aubry et Rau, II, § 194, p. 197, note 10; *in fine*. — *Contra* Laurent, VI, n. 150; Agen, 7 février 1854, D., 55. 2. 302. — M. Laurent invoque comme motif que la suppression ordonnée par les tribunaux n'empêcherait pas ensuite l'administration d'autoriser l'établissement ; sans doute, mais l'usinier condamné devra solliciter cette autorisation, que l'autorité administrative éclairée par le jugement rendu refusera peut-être.

(3) Cass., 27 août 1861, S., 61. 1. 84; 24 avril 1865, S., 66. 1. 169, D., 66. 1. 35; 18 nov. 1884, D., 85. 1. 71 ; 3 janvier 1887, D., 88. 1. 39.— Orléans, 22 nov. 1889, D., 91. 2. 120. — Aubry et Rau, II, § 194, p. 198, note 11 ; Demolombe, XII, n. 658 ; Laurent, VI, n. 150. — L'opinion contraire, défendue par Duvergier, *Revue étrang. et franc.*, 1843, X, p. 425 et 601 ; Massé, *Dr. com.*, II, n. 382 et 388, paraît aujourd'hui abandonnée.

§ III. *Modalités du droit de propriété.*

226. Après avoir précisé les restrictions et les limites du droit de propriété dans son caractère absolu et exclusif, il reste à dire dans quelle mesure le caractère de perpétuité est susceptible de s'effacer. Quelles sont les modalités que comporte le droit de propriété ?

Le droit de propriété, sans aucun doute, peut être affecté d'une modalité suspensive, terme ou condition; cette restriction particulière apportée à la naissance du droit n'est pas même, à vrai dire, une exception à son caractère perpétuel, puisque le droit une fois né par l'arrivée du terme ou l'événement de la condition, demeure irrévocable.

227. Bien que perpétuel ou irrévocable de sa nature, le droit de propriété peut s'éteindre d'une façon absolue ou se perdre d'une manière relative. L'extinction absolue résulte de la destruction totale de la chose, objet du droit, ou de sa mise hors du commerce, à la suite, soit d'une expropriation pour cause d'utilité publique, soit d'un phénomène naturel qui entraîne l'incorporation de la chose au domaine public. Les animaux sauvages recouvrant leur liberté naturelle deviennent à nouveau *res nullius* et ce fait produit une extinction complète du droit de propriété dont ils étaient l'objet; il en est de même des choses mobilières abandonnées par leurs propriétaires et délaissées avec l'intention d'en laisser l'acquisition au premier occupant. Le droit de propriété se perd d'une manière relative par tous les modes dérivés d'acquisition, de transmission de la propriété.

228. Le caractère perpétuel du droit reçoit une véritable atteinte par l'effet des conditions résolutoires qui affectent parfois sa transmission. L'hypothèse d'une condition résolutoire expresse ou tacite, légale ou conventionnelle est entrée dans les prévisions formelles du code et on ne saurait par suite mettre en doute la validité d'une semblable condition ; on peut citer comme exemple les causes de révocation des donations, indiquées aux art. 953 s., l'introduction d'un pacte *de in diem addictione* ou d'une clause de retrait conventionnel dans un contrat de vente, la condition résolutoire tacite de l'art.

1184 C. civ. Il faut se reporter à ces diverses théories pour savoir comment s'opère la révocation et quels en sont les effets : tantôt elle a lieu de plein droit ; tantôt elle doit être déclarée par jugement ; ici la révocation a lieu *ex tunc* et produit un effet rétroactif, qui entraîne en principe la résolution des droits réels consentis à des tiers, les actes d'administration étant seuls respectés ; là, au contraire, la résolution a lieu *ex nunc*, sans effet rétroactif, sous la réserve des droits consentis aux tiers ; il faut, pour cela, une disposition spéciale, expresse et, dans le doute, la résolution produit un effet rétroactif.

On rapproche parfois des hypothèses de révocation les causes de nullité ou de rescision, la réduction imposée pour atteinte à la réserve, l'obligation du rapport, le paiement de l'indû ; mais ce sont là des théories juridiques ayant chacune leur caractère propre ; elles produisent, à certains égards, des effets analogues à ceux d'une condition résolutoire ; mais on ne doit pas considérer alors le droit de propriété comme affecté d'une véritable modalité, faisant échec à son caractère de perpétuité.

229. Beaucoup plus délicate est la question de savoir si le terme résolutoire peut affecter le droit de propriété ; ce serait là un échec plus sensible encore à son irrévocabilité. Les jurisconsultes romains n'admettaient pas l'apposition d'un terme résolutoire et, dans la rigueur des principes, leur décision s'explique sans trop de peine. La doctrine, aujourd'hui, ne paraît pas trop éloignée d'une solution contraire (1) et la jurisprudence, elle aussi, incline dans le sens de la doctrine. Par un arrêt en date du 1er avril 1884 (2), la cour de cassation semble reconnaître que le droit de propriété peut être temporaire. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un canal dont la propriété avait été cédée pour 75 ans. D'autre part, la jurisprudence admet la possibilité d'un droit de propriété temporaire au profit du preneur à bail d'un terrain sur les constructions qu'il y a élevées (3). Il semblerait peut-être plus exact, dans

(1) Laurent, VI, n. 112. — V. cependant en sens contraire Demolombe, IX, n. 546.

(2) Cass., 1er avril 1884, S., 85. 1. 85, D., 84. 1. 347.

(3) V. *supra*, n. 30 s. — V. aussi *Traité des hypothèques* les conditions requises pour l'existence ou la validité du contrat hypothécaire.

les espèces signalées, d'envisager le droit du concessionnaire du canal comme un droit d'emphytéose et celui du preneur à bail comme un droit de superficie. Mais rien n'empêcherait d'admettre, si par hasard elle se rencontrait en pratique, la validité d'une clause d'après laquelle un propriétaire vendrait pour 30 années, par exemple, un immeuble à un tiers. La clause, en définitive, s'analyserait en une promesse de la part de l'acquéreur de revendre l'immeuble à l'expiration du terme, et en une promesse de la réacquérir de la part du vendeur. Par ailleurs la clause n'aura d'application que si l'acheteur a conservé la propriété jusqu'à la fin du délai ; le vendeur ne pourrait en effet lui interdire le droit de disposition ; sinon il n'y aurait en réalité, sous l'apparence d'une transmission de propriété, qu'une simple constitution d'usufruit.

On a fait remarquer aussi que le droit de propriété littéraire ou artistique est temporaire. Il a été limité dans sa durée par des motifs d'utilité publique (loi du 14 juillet 1866, art. 1). Au moment où cette propriété prend fin, elle cède à une véritable expropriation au profit du domaine public.

SECTION III

DE LA SANCTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ, DES ACTIONS QUI EN DÉRIVENT ET DE LA PREUVE

230. Avec la propriété, il ne faut pas confondre la possession. Il y a entre la propriété et la possession la différence qui existe entre le droit et l'exercice du droit. Le plus souvent c'est le propriétaire qui possède; alors le titulaire du droit exerce son droit; le fait est d'accord avec le droit. Mais le contraire peut arriver. Ainsi, pendant mon absence, un usurpateur s'empare de mon domaine ; il s'en affirme propriétaire et se comporte comme tel, cultivant, percevant les fruits, etc. Il possède et par conséquent je ne possède plus.

Posséder une chose c'est l'avoir sous sa puissance : *possidere* vient de *posse*, pouvoir.

Il y a deux éléments dans la possession : 1° le fait, *corpus*, qui consiste à *détenir* la chose, c'est-à-dire à l'avoir sous sa

main. Peu importe d'ailleurs qu'on la détienne par soi-même ou par intermédiaire, tel qu'un locataire, un emprunteur, un dépositaire; 2° l'intention, *animus*, c'est-à-dire la volonté d'avoir la chose à titre de propriétaire, *animus rem sibi habendi* ou *animus domini*. L'intention sans le fait ne suffit pas. Ni le fait sans intention : la *nuda detentio sine animo domini* ne constitue pas une possession, du moins une possession civile, susceptible de produire des effets juridiques, mais seulement une *possession naturelle ou détention*.

La possession procure divers avantages; les principaux sont : 1° L'acquisition des fruits par le possesseur, lorsqu'il est de bonne foi (art. 549 et 550); 2° la possibilité d'invoquer la prescription, si la possession a été suffisamment prolongée; 3° la détermination, dans une instance, du rôle respectif des deux adversaires qui se disputent la propriété d'un bien; c'est le possesseur qui sera défendeur, avantage considérable car le fardeau de la preuve incombe au demandeur : *Actori incumbit probatio*.

Les deux derniers avantages nous amènent à traiter des actions qui sanctionnent le droit de propriété et de la preuve requise pour le succès d'une action intentée.

231. Si on laisse de côté les difficultés spéciales à la possession, les garanties particulières qui l'entourent, c'est-à-dire les actions possessoires, le propriétaire a besoin d'assurer la protection de son droit contre deux sortes de prétentions.

La plus grave est celle d'un tiers qui, lui aussi, se prétend propriétaire ; deux personnes soutiennent, l'une et l'autre, avoir un droit de propriété sur une même chose ; ce sont là deux prétentions en opposition complète et tout à fait incompatibles ; pour faire trancher le litige, l'un des deux adversaires, celui qui n'a pas la détention de la chose litigieuse, en demandera la remise à l'autre partie ; l'action exercée porte le nom technique d'action en *revendication;* c'est le droit de propriété lui-même et tout entier, qui est l'objet de la contestation.

Mais il se peut que le propriétaire rencontre seulement la prétention d'un tiers qui veut exercer sur la chose un droit d'usufruit ou de servitude. Le tiers qui, en fait, a l'exercice

du droit réel dont il se dit titulaire pourra être contraint, sur la demande du propriétaire, d'abandonner sa prétention, s'il ne peut la justifier. L'action intentée dans ce but par le propriétaire s'appelle l'action *négatoire*. Le litige n'a plus pour objet le droit de propriété lui-même, mais la non existence d'un des démembrements de ce droit. Toutefois, le propriétaire n'agit que pour assurer le libre exercice de son droit; il met en œuvre l'une des facultés inhérentes au droit de propriété, l'exclusion des tiers.

Nous nous occuperons successivement de ces deux actions, dont la première réclame d'assez longs développements.

§ I. *De l'action en revendication.*

A. *Conditions d'exercice de l'action en revendication.*

232. L'action en revendication est intentée par celui qui se prétend propriétaire d'une chose; le demandeur, pour introduire cette action, doit avoir la capacité ou le pouvoir de disposer de la chose. Toujours possible, sans aucune restriction en matière immobilière, l'action en revendication n'est admise, à l'égard des meubles, que dans les limites restreintes du principe posé par l'art. 2279 C. civ.

Le code emploie dans les art. 2102-1° et 2102-4° le mot *revendication* dans un sens impropre, puisque, dans ces textes, il ne s'agit pas d'un litige portant sur le droit de propriété. Les actions en restitution, fondées sur un rapport d'obligation personnelle, doivent être distinguées avec soin de l'action en revendication, qui a pour objet la détermination du titulaire d'un droit réel, d'un droit de propriété.

233. L'action en revendication est dirigée contre le détenteur de la chose revendiquée. Si le détenteur possède pour autrui et non pour son propre compte, l'action n'en est pas moins régulièrement introduite; elle aura notamment pour effet d'interrompre la prescription (1). La question avait soulevé quelques doutes parmi les jurisconsultes romains; mais

(1) V. Aubry et Rau, II, § 219, p. 392, note 4.

la solution indiquée avait fini par prévaloir (1). Adoptée sans hésitation dans l'ancien droit (2), elle est implicitement consacrée par la disposition contenue dans l'art. 1727 C. civ. Les nécessités de la pratique l'imposent : le propriétaire ne peut réclamer sa chose qu'au détenteur, sans être tenu de rechercher le titre de celui-ci ; il n'a pas de moyens propres à reconnaître si celui qui occupe l'immeuble possède pour son propre compte ou pour le compte d'autrui.

Si le détenteur assigné, déclarant n'avoir qu'une détention précaire, désigne le possesseur véritable, le demandeur devra régulariser son action, en mettant en cause le possesseur désigné ; quant au détenteur précaire, il sera mis ensuite hors d'instance, s'il l'exige (art. 1727 C. civ.).

234. Dans la théorie de l'action en revendication, la question de la preuve soulève des difficultés délicates à résoudre, mais en revanche intéressantes à examiner. Le demandeur doit tout d'abord établir que l'adversaire est bien détenteur de la chose revendiquée ; ce premier point ne soulève, il est vrai, d'ordinaire, aucun débat ; la détention de l'immeuble par le défendeur est un fait indéniable dans la grande majorité des cas, et le défendeur lui-même ne songe pas à le contester (3).

B. *De la preuve du droit de propriété.*

235. Le demandeur doit établir en outre le droit de propriété qu'il allègue, fondement de son action, objet même du litige (4). En théorie pure, la preuve directe du droit de propriété ne saurait être fournie dans la presque généralité des hypothèses. Pour être complète, en effet, la preuve ne doit pas seulement comprendre la solution d'un titre transla-

(1) L. 9, Dig., *De rei vind.*

(2) Pothier, *De la propriété*, n. 298.

(3) Lorsque la jouissance d'un immeuble est en fait exercée par une association sans personnalité morale, l'action en revendication peut cependant être dirigée contre les membres de cette association puisqu'ils sont vraiment détenteurs de l'immeuble. Cpr. Laurent, VI, n. 158. — Cass. Belg., 28 juin 1867, *Pasicrisie*, 68. 1. 23.

(4) Le demandeur, quel qu'il soit, même une commune, doit prouver le droit de propriété qu'il allègue ; sinon, il succombe nécessairement. Cass., 20 février 1900, D., 1900. 1. 250. L'appréciation des juges du fait est souveraine. Cass., 8 janv. 1901, D., 1901. 1. 346.

tif ; quel que soit ce titre, vente, échange, donation, succession, il n'a de valeur absolue que s'il émane d'un auteur ayant lui-même la propriété de la chose, sinon le titre produit n'a que l'apparence d'un titre de propriété : *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.* Le demandeur se trouve ainsi contraint d'établir que son auteur immédiat était propriétaire ; mais la même difficulté se représente à l'égard de cet auteur immédiat et ainsi de suite en reculant dans le passé, de sorte que, pour la justification du droit des précédents auteurs, il va falloir remonter presque indéfiniment, au moins jusqu'au moment où l'on rencontrera un mode d'acquisition originaire, c'est-à-dire jusqu'au premier occupant de la chose litigieuse. Enoncer cette proposition suffit à faire ressortir l'obstacle insurmontable qui s'oppose à la preuve directe du droit de propriété. Cette preuve trop rigoureuse, cette « preuve diabolique » est inconciliable avec les exigences de la pratique. Aussi le législateur a-t-il été contraint, dans l'intérêt social, dans l'intérêt même de la propriété, de rendre la preuve plus facile.

236. Certaines législations modernes ont institué un mode de preuve d'une simplicité remarquable. L'inscription du droit sur un registre foncier public, dont la tenue est entourée de toutes les garanties désirables, permet d'établir à l'égard de toute personne l'existence incontestable du droit prétendu. La preuve est faite d'une façon absolue, lorsque le propriétaire établit que la chose est inscrite, immatriculée à son nom sur le registre foncier. La preuve de la propriété se ramène ainsi, en quelque sorte, à la démonstration de l'identité du demandeur avec le titulaire inscrit sur le registre (1).

Le droit romain et les législations qui s'y rattachent n'ont pas eu recours à un moyen aussi net de trancher la difficulté inhérente à la preuve du droit de propriété. La règle posée est d'une application moins aisée et moins sûre. Le demandeur, pour faire sa preuve, doit établir que par lui-même ou

(1) Ce système est consacré dans les lois prussiennes du 5 mai 1872, dans l'*Act Torrens*, qui a reçu une application partielle en Tunisie, aux termes de la loi du 5 juill. 1885. — Cpr. sur cette question Chauveau, *Essai sur la mobilisation de la propriété foncière ;* Besson, *Les livres fonciers.*

par ses auteurs il a possédé en fait la chose revendiquée pendant un certain laps de temps ; en d'autres termes, la prescription est devenue, par la volonté du législateur, un mode de preuve du droit de propriété, en même temps qu'elle prenait le caractère d'un mode d'acquisition originaire, les deux idées étant unies par un lien d'intime connexité.

Ainsi, dans notre droit, le demandeur triomphera s'il prouve qu'il a possédé pendant trente ans, et même pendant une durée inférieure, dans le cas où il aurait juste titre et bonne foi. D'ailleurs, cette preuve d'une possession prolongée est rendue plus facile encore par la règle inscrite dans l'art. 2234 C. civ. La prescription doit être considérée comme une présomption légale de l'existence du droit de propriété dans le patrimoine de celui qui l'invoque ; cette présomption est absolue ; c'est une présomption *juris et de jure* qui ne saurait être combattue par la preuve contraire. Lors donc que le demandeur a prouvé l'accomplissement à son profit de la prescription, il a fourni, d'une façon irréfragable, la justification de son droit de propriété.

237. Mais que décider si le demandeur ne rapporte pas cette preuve? L'hypothèse, cette fois, soulève une grosse difficulté, en théorie seulement ; car la jurisprudence a depuis longtemps consacré une solution invariable.

D'après un certain nombre d'auteurs, le demandeur devrait nécessairement être débouté, s'il ne parvenait pas à s'abriter derrière la prescription, à fournir la preuve de son entier accomplissement (1).

Malgré l'apparente rigueur de l'argumentation présentée à l'appui de cette opinion (2), il vaut mieux admettre la possibilité d'un succès pour le demandeur, en dehors de la prescription. Nous verrons, du reste, que cette solution traditionnelle, commandée par d'impérieuses nécessités de pratique, n'est contredite par aucun texte, qu'elle est même conforme à l'esprit du code. On a cherché, d'ailleurs, à la résumer en des

(1) Laurent, VI, n. 156, 159 à 173 ; G. Montagne, ***De l'action en revendication des immeubles en droit français,*** n. 347 à 362, thèse de doct., Poitiers, 1879 ; Naquet, *Note* sous Aix, 29 février et 16 mars 1872, S., 73. 2. 49.

(2) V. *infra*, n. 240.

formules diverses, qu'il n'est pas sans intérêt de mentionner, afin de distinguer parmi elles la plus sûre et la plus exacte.

238. Si le demandeur, d'après un premier système, ne peut établir par témoins, d'une façon directe et positive, les éléments de la prescription, spécialement les faits de possession utile, exigés au moins aux deux extrémités de la période trentenaire, rien n'empêche de recourir à des présomptions : le juge trouvera peut-être, dans les titres produits, dans certains faits de jouissance allégués, dans l'état des lieux, le paiement des impôts, les indications cadastrales, des indices suffisants pour faire présumer la possession utile du demandeur pendant l'espace de temps requis pour la prescription.

La première formule proposée permet donc de ramener la preuve du droit de propriété à une *présomption de prescription* fondée sur divers indices de possession. On a voulu, de la sorte, faire renaître dans notre droit moderne l'action publicienne du droit romain, et créer une action « utile » en revendication (1). On ne saurait oublier toutefois la différence profonde qui sépare ici le droit romain du droit français. L'usucapion, en droit romain, suppose la bonne foi dans la possession, et l'action publicienne n'est pas à la disposition du possesseur de mauvaise foi ; en outre, le demandeur, dans l'action publicienne, devait établir et l'existence de son titre et sa possession ; il n'était favorisé qu'au point de vue du temps requis ; on supposait fictivement accomplie la condition de temps et on permettait de recouvrer sa chose à celui qui se trouvait seulement *in via usucapiendi*. Aujourd'hui les actions possessoires suffisent à ce résultat ; d'autre part, la possession, même de mauvaise foi, sert de base à la prescription ; il est donc impossible de soutenir que l'action publicienne subsiste avec les caractères et les conditions qu'elle avait en droit romain. On ne doit pas même admettre sa transformation suivant la formule proposée. Le juge ne saurait être réduit à toujours envisager la prescription ; on ne

(1) Troplong, *De la vente*, I, n. 235 et *De la prescription*, I, n. 230 ; Duranton, IV, n. 233 s. ; Delvincourt, VI, n. 21 ; Merlin, *Rép.*, v° *Revendication*, § 2, n. 3 ; Demolombe, IX, n. 481 ; Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, n. 375.

saurait l'enfermer en son cercle trop étroit; si on ne lui permet de motiver sa décision que sur le moyen tiré d'une prescription prouvée ou présumée, sa conscience l'obligera, dans bien des cas, à débouter le demandeur. Comment, par exemple, pourrait-il, avec quelque apparence de raison, ramener la production d'un titre à une possession utile et suffisamment prolongée? Et comment les indications du cadastre, l'état des lieux pourraient-ils équivaloir à des faits de possession prouvés par témoins?

239. Lorsque la preuve d'une prescription accomplie n'est pas fournie, le demandeur triomphe néanmoins s'il justifie, par rapport au défendeur, d'*un droit meilleur et plus probable;* telle est la seconde formule proposée (1). L'idée est exacte, mais l'expression en est douteuse et critiquable ; elle semble supposer une balance établie entre le droit du demandeur et celui du défendeur, pour décider si l'un est inférieur à l'autre; or il n'y a qu'un seul droit en litige, et la difficulté est de désigner celle des deux parties en cause qui en doit être proclamée titulaire. Il est donc préférable d'exprimer la même idée sous une autre forme ; le demandeur peut invoquer à l'appui de son droit de propriété non seulement la présomption légale tirée de la prescription, mais aussi des présomptions de l'homme; il triomphera en fournissant une preuve par présomptions.

240. La difficulté se ramène ainsi tout entière au point de savoir si la preuve de la propriété peut être faite à l'aide de présomptions abandonnées à la lumière et à la prudence du juge. Il ne s'agit pas de « présomptions de prescription » ; on suppose impossible la preuve tirée de la prescription. C'est le droit de propriété lui-même dont la justification doit résulter d'indices reconnus suffisants. Toute présomption devrait être écartée dans l'opinion des auteurs qui veulent, à défaut d'une prescription accomplie, débouter nécessairement le demandeur; ces auteurs invoquent la règle posée dans l'art. 1353, qui ne permet d'utiliser les présomptions de l'homme que dans les limites de la preuve testimoniale, au-dessous de 150 fr.,

(1) Aubry et Rau, II, § 219, p. 392, n. 6.

et, d'autre part, ils font remarquer que la seule présomption légale de propriété est celle tirée de la prescription.

241. Mais on a pu opposer à ces objections une réponse décisive : les règles restrictives sur l'admissibilité de la preuve testimoniale ou par présomption concernent seulement les obligations, les droits personnels ; elles restent sans aucune application à la preuve du droit de propriété ; la place occupée par les art. 1315 s. au titre des obligations fournit déjà un argument sérieux ; par ailleurs les différences qui séparent le droit réel du droit personnel expliquent la création des règles spéciales à la matière des obligations, étrangères, par suite, aux droits réels. L'obligation est un lien de droit entre deux personnes déterminées, un rapport juridique dont la naissance apparaît comme une dérogation au droit commun, à l'état de liberté des personnes entre elles ; la formation de ce lien juridique doit se révéler d'une façon précise ; en outre, le rapport juridique est destiné à disparaître, et souvent à brève échéance ; il est facile dès lors de conserver les traces certaines de sa naissance et de son extinction. Tout autre est le droit de propriété qui se perpétue à travers les siècles et dont l'acquisition originaire est trop reculée pour être connue ; c'est un rapport quasi-nécessaire entre une personne et une chose, les biens étant presque tous appropriés ; des restrictions apportées à la preuve de ce rapport juridique seraient donc inexplicables ; le législateur est bien plutôt conduit, on le sait, à faciliter cette preuve. Ainsi l'art. 1353 (civ.) ne s'oppose pas à ce que le droit de propriété puisse être établi par présomptions ; il n'a pas pour objet de réglementer la preuve du droit de propriété (1).

Le législateur, il est vrai, n'a édifié nulle part la théorie de la preuve du droit de propriété ; c'est une lacune regrettable sans doute, mais le silence du code ne doit pas être

(1) En admettant même l'application de l'art. 1353 à la preuve du droit de propriété, on pourrait encore, à l'aide d'une argumentation quelque peu subtile, il est vrai, soutenir la recevabilité des présomptions de l'homme ; on pourrait dire qu'en définitive le demandeur cherche à établir dans le passé l'existence d'un mode originaire d'acquisition, à prouver l'occupation de l'immeuble par un de ses auteurs ; or, c'est là un fait pur et simple pour lequel on ne pouvait se procurer de preuve écrite, et dont, par suite, il est permis d'établir la réalité par voie de présomption.

interprété dans le sens d'une limitation des modes de preuve, d'autant moins que l'esprit de la loi apparaît plutôt favorable à l'admission de la preuve par présomption. N'est-ce pas en effet une présomption légale expressément consacrée que le moyen tiré de la prescription ? Et l'avantage assuré à la possession annale ne se résout-il pas en une autre présomption de propriété, non plus irréfragable, il est vrai, mais en une présomption simple susceptible d'être combattue par la preuve contraire ? Le code a bien compris les difficultés inextricables de la preuve directe et la nécessité d'admettre des présomptions de propriété ; pourquoi, dès lors, se borner aux présomptions légales pour écarter les présomptions de l'homme, lorsque cette restriction n'est nulle part formulée ? Veut-on un argument nouveau et puissant pour éclairer cet esprit de la législation civile ? Il suffit de consulter la tradition ; la meilleure interprétation du silence du code se trouve, en effet, dans les règles autrefois suivies. Dans l'ancien droit, à défaut d'une prescription accomplie, le demandeur pouvait encore triompher dans son action en revendication, et Pothier formule déjà toutes les solutions consacrées aujourd'hui par la jurisprudence (1).

Enfin, de puissantes raisons d'équité et d'impérieuses considérations pratiques viennent encore justifier le maintien de la règle traditionnelle. La difficulté de la preuve directe a nécessité l'introduction d'une présomption légale, et l'insuffisance de celle-ci a rendu non moins utile l'admission des présomptions de l'homme. Les mêmes motifs avaient amené la création de l'action publicienne en droit romain ; la théorie des présomptions de propriété s'y trouvait en germe ; elle n'a fait depuis que s'élargir et se développer ; sans doute, cette action n'existe plus avec ses règles primitives, mais l'idée féconde qu'elle contenait se retrouve en progrès, débarrassée de tout formalisme et de toute fiction, dans l'élasticité si pratique de la preuve du droit de propriété à l'aide des présomptions de l'homme (2).

(1) Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, n. 323-327.

(2) V. sur tous ces points P. Debrand, *Essai sur la preuve de la propriété immobilière*. Extrait de la *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*.

242. Le principe posé, enchâssé désormais dans sa formule, il faut encore en poursuivre l'application, c'est-à-dire indiquer les présomptions diverses que la pratique révèle, apprécier leur valeur respective, les classer, construire en un mot l'échelle de leur efficacité relative. L'utilité de ce classement laisse toutefois un doute dans l'esprit; il semble que ce soit là une pure question de fait ; la force des présomptions alléguées dépend de la libre appréciation du juge et varie avec la diversité des espèces. Comment donc opérer un classement méthodique pour des solutions intimement liées aux circonstances multiples de la cause? La remarque est exacte; aussi les règles qui vont être indiquées n'ont-elles rien d'absolu. Le juge pourra les faire fléchir par suite de considérations de fait changeantes avec les procès; toutefois il y a des circonstances générales qui se reproduisent d'une espèce à l'autre, et la jurisprudence a pu fixer à leur égard la valeur normale des présomptions ordinairement invoquées, les cataloguer par ordre de mérite; à défaut du code, les arrêts ont, pour ainsi dire, construit l'échelle des « preuves par présomptions du droit de propriété ».

243. Les distinctions suivantes permettent de classer les solutions consacrées par la jurisprudence ; 1° le demandeur produit un titre et le défendeur n'en apporte pas ; 2° le demandeur et le défendeur produisent l'un et l'autre un titre ; 3° aucune des parties en cause ne rapporte de titre.

244. 1° Lorsque le demandeur produit un titre de propriété sans que l'adversaire en fournisse de son côté, on doit considérer que le demandeur a présenté une suffisante justification de son droit de propriété, pourvu, toutefois, que le titre soit antérieur à la possesion du défendeur. En d'autres termes, la production du titre constitue une présomption de propriété plus puissante que la possession dont l'origine est postérieure en date. Cette solution paraît très rationnelle, si l'on songe qu'elle a pour appui toutes les probabilités. Dans l'immense majorité des cas, en effet, l'aliénation émane du véritable propriétaire; cette présomption de fait si grave, que la pratique elle-même s'est chargée de vérifier, invoquée en faveur de l'existence d'un droit de propriété transmis au

demandeur par l'auteur du titre, doit prévaloir contre la présomption plus fragile qui s'attache à la possession du défendeur, trop récente pour ne pas paraître une usurpation commise au préjudice du demandeur (1).

245. Si la possession du défendeur était antérieure au titre émanant de l'auteur immédiat du demandeur, celui-ci devrait remonter dans le passé, de façon à produire un titre plus ancien antérieur à la possession de l'adversaire et concédé soit à l'auteur immédiat, soit à l'un des précédents auteurs (2).

246. Puisque le titre produit joue seulement le rôle d'une présomption de propriété, il n'est pas besoin que le défendeur y ait été partie; la maxime *res inter alios acta* n'a pas sa place dans le débat. Le titre n'est invoqué que pour établir le fait d'une vente, d'une donation, d'un acte juridique, auquel le juge donne ensuite la valeur d'une présomption; il n'est pas opposé au défendeur comme la preuve d'un rapport juridique existant entre le demandeur et lui; le titre, comme présomption, conserve donc toute sa valeur, bien que le défendeur n'y figure pas en qualité de partie contractante; le titre ne peut même être retenu comme équivalant à une présomption s'il émane du défendeur; il prouverait alors l'existence d'un lien de droit entre les deux plaideurs, et il s'agirait plutôt d'une question d'obligation, de droit personnel, que d'une difficulté uniquement relative à un droit réel (3).

247. Le juge peut attribuer la valeur d'une présomption non seulement à des titres translatifs de propriété, mais aussi à des partages, même à des jugements; tous ces faits laissent supposer que l'un des auteurs du revendiquant a dû être

(1) Cass., 22 juin 1864, S., 64. 1. 349, D., 64. 1. 412; 27 déc. 1865, S., 66. 1. 25, D., 66. 1. 5 et la note; 25 avril 1882, D., 82. 1. 248; 29 janv. 1884, S., 84. 1. 152; 22 déc. 1885, *Gaz. Pal.*, 86. II, *Suppl.*, 68; 20 mars 1888, D., 89. 1. 277; 9 janv. 1893, D., 94. 1. 339; 21 mars 1894, D., 94. 1. 240; 15 nov. 1897, D., 98. 1. 38; 20 fév. 1900. 1. 250; 9 janv. 1901, D., 01. 1. 449; 10 déc. 1901, D., 02. 1. 311; 14 avril 1902, D., 02. 1. 491. — Rouen, 1er fév. 1865, S., 66. 2. 180, D., 66. 2. 171. — Aix, 29 fév. et 5 mars 1872, S., 73. 2. 49 et la *Note* de M. Naquet, D., 74. 2. 185 et 186. — Bordeaux, 6 avril 1883, S., 83. 2. 148.

(2) Cf. arrêts précités.

(3) Cf. arrêts précités.

considéré comme le légitime propriétaire, qu'il l'était très probablement, en tout cas d'une façon plus vraisemblable que le défendeur actuel (1).

248. Il faut, bien entendu, que les titres produits par le demandeur soient suffisamment clairs et précis, et le juge a toute liberté de les écarter comme incomplets, obscurs ou douteux, surtout s'ils contiennent des mentions dénuées de netteté sur la désignation de la chose revendiquée (2).

249. 2° Si le demandeur et le défendeur rapportent l'un et l'autre des titres de propriété, il n'y a pas de difficulté, lorsque les titres produits émanent du même auteur : le conflit se règle par l'antériorité de la transcription des titres ou, à défaut, par l'antériorité des titres eux-mêmes ; on attribue la propriété à celui qui le premier a fait transcrire son titre ou, si la transcription n'a été opérée par aucun des deux acquéreurs, à celui dont le titre a la date la plus reculée (3).

250. Lorsque les titres émanent d'auteurs différents, le demandeur triomphera s'il établit que dans l'hypothèse d'un procès né entre les deux auteurs, le sien l'eût emporté sur celui du défendeur ; en effet, l'auteur de ce dernier n'a pu transférer plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Au cas contraire, ce demandeur devrait être débouté, la présomption attachée à la possession du défendeur restant le seul élément de décision (4).

251. 3° Supposons enfin qu'aucun des plaideurs ne puisse produire un titre de propriété. Le demandeur invoque seulement certaines circonstances de fait, de nature à rendre vrai-

(1) Cass., 27 déc. 1865, précité. — Bordeaux, 18 déc. 1879, S., 80. 2. 109.

(2) Cf. arrêts précités, Riom, 18 janv. 1893, D., 93. 2. 128.

(3) Aubry et Rau, II, § 219, p. 390 s. ; *Note* sous l'arrêt précité, Cass., 27 déc. 1865.

(4) On a donc eu tort de soutenir (Appleton, *op. cit.*, n. 378) que dans cette hypothèse le défendeur devait toujours conserver le bénéfice de sa possession; de même il est inexact de prétendre (V. une note sous l'arrêt du 27 déc. 1865, D., 66. 1. 5) qu'il faut se décider d'après la date respective des titres, puisque le titre, quelle que soit sa date, fournit à chacune des parties une présomption d'égale valeur. — Cpr. cependant Cass., 6 janv. 1896, D., 96. 1. 40, S., 96. 1. 119; cet arrêt décide que la partie qui invoque le titre le plus ancien peut être considérée comme bénéficiant d'une présomption favorable. — V. aussi Cass., 1er juin 1897, S., 97. 1. 399. — Bourges, 15 mars 1898, D., 1900. 1. 229.

semblable sa prétention, par exemple d'anciens faits de possession, l'état des lieux, le paiement des impôts, les indications du cadastre. Ce sont là des indications fragiles, le plus souvent incertaines et douteuses. Si donc le défendeur a pour lui une possession exclusive et bien caractérisée, on devra considérer la présomption qui s'y attache comme supérieure à celle tirée des circonstances diverses invoquées à l'appui de la demande (1). Si, au contraire, les actes de possession dont se prévaut le défendeur ne réunissent pas les qualités constitutives d'une possession utile, le juge devra établir la balance des présomptions invoquées de part et d'autre, et si, dans son esprit, celles du demandeur paraissent plus précises et plus concordantes, il lui attribuera la préférence sur le défendeur, sinon, il le déboutera de son action (2).

252. Le pouvoir d'appréciation du juge est donc assez étendu : le juge, en effet, soumet les circonstances de fait signalées respectivement par les plaideurs à un examen comparatif, et c'est encore lui qui décide si la possession du défendeur présente ou non les qualités requises.

253. En résumé, à défaut de la preuve irréfragable tirée de la prescription, les présomptions s'échelonnent ainsi : le titre, la possession, certaines circonstances de fait. Ces présomptions peuvent, suivant les cas, se fortifier entre elles; c'est ainsi que l'interprétation d'un titre douteux se trouvera parfois éclairée grâce au rapprochement des circonstances de fait invoquées par le demandeur ; le titre, à lui seul, aurait paru insuffisant ; l'état des lieux et les indications cadastrales n'auraient pu prévaloir contre la possession utile du défendeur; le titre, toutefois, l'emportera grâce aux renseignements puisés dans l'étude des lieux et du cadastre (3).

254. On affirme volontiers, en théorie, que le défendeur n'a pas à se préoccuper de la preuve, que le demandeur seul

(1) Cass., 10 janv. 1860, S., 60. 1. 340, D., 60. 1. 74; 20 avril 1868, S., 68. 1. 269, D., 69. 1. 85 ; 1er juillet 1890, D., 91. 1. 432 ; 12 nov. 1902, D., 02. 1. 568 ; 14 avril 1904, D., 04. 1. 247.

(2) Cass., 7 mars 1877, S., 78. 1. 340, D., 78. 1. 216 ; 10 août 1880, S., 81. 1. 117, D., 80. 1. 369 ; 29 janv. 1884, D., 86. 2. 11. — Paris, 11 nov. 1897, D., 1900. 1. 593. — Lyon, 2 mars 1887, D., 88. 2. 66.

(3) Cass., 18 déc. 1878, D., 81. 1. 23.

en a le fardeau. Cependant, en fait, soit pour résoudre plus vite le procès, soit pour infirmer et détruire les présomptions invoquées par l'adversaire, le défendeur opposera le plus souvent certaines exceptions et s'efforcera de faire prévaloir divers moyens. Contre un titre produit par le demandeur, il pourra, par exemple, soutenir l'accomplissement à son profit de la prescription et renverser la présomption simple de l'adversaire par une présomption légale absolue. A l'encontre des circonstances de fait signalées, à l'appui de la demande, le défendeur devra se préoccuper soit d'établir l'existence d'une possession utile, soit de réunir d'autres circonstances de fait plus décisives que celles de l'adversaire.

L'exception de garantie lui permettra aussi, le cas échéant, de repousser l'action en revendication : si le demandeur est tenu, soit de son chef, soit du chef d'une autre personne, de garantir le défendeur contre l'éviction qui résulterait du succès de l'action en revendication, il se trouvera nécessairement arrêté par l'exception formulée dans l'axiome : « Qui doit garantir ne peut évincer ». Enfin, le demandeur a encore la ressource d'invoquer l'exception de la chose jugée, à moins que, dans la première demande, on ait eu soin de préciser le titre d'acquisition, la seconde se trouvant fondée sur un titre différent ; par ailleurs, l'exception de chose jugée, pour être recevable, suppose le renouvellement de la demande entre les mêmes parties.

C. *Effets de l'action en revendication.*

255. L'action en revendication avait pour objet la reconnaissance d'un droit de propriété au profit du demandeur ; le succès de l'action aura pour conséquence la restitution de la chose revendiquée. Quelle est l'étendue de cette obligation que le jugement imposera au défendeur condamné? Le défendeur doit restituer la chose même, en nature, si elle existe, *cum omni causa,* c'est-à-dire avec tous ses accessoires, et en tenant compte au propriétaire, dans une certaine mesure, de la valeur des produits et émoluments de l'immeuble, ainsi que des dommages causés.

256. L'obligation comprend d'abord la restitution de la

chose en nature, si elle existe ; si la chose n'existe plus, la restitution devenant matériellement impossible, l'obligation, suivant les cas, sera éteinte ou se résoudra en dommages-intérêts. La chose ayant péri par cas fortuit, le possesseur sera libéré, s'il est de bonne foi, alors même que la perte serait postérieure à la demande ; celle-ci, en effet, ne saurait être considérée comme une mise en demeure, et d'autre part, la bonne foi peut persister malgré l'action intentée (1). Au contraire, le possesseur de mauvaise foi répond toujours de la perte par cas fortuit, sous la réserve indiquée par l'art. 1302, § 2 (C. civ.).

257. Si la chose a péri depuis l'introduction de la demande, par le fait du possesseur, celui-ci répond toujours de cette perte, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi (2) ; si la perte non fortuite est antérieure à la demande, le possesseur de mauvaise foi en reste encore tenu, mais le possesseur de bonne foi n'est responsable que jusqu'à concurrence du profit qu'il en a pu retirer (3).

258. La restitution doit se faire *cum omni causa :* la chose doit d'abord être restituée avec tous les accessoires qu'elle comportait ; la restitution d'une maison, par exemple, comprend, en principe, les objets immeubles par destination, même les meubles qui la garnissaient au jour de l'entrée en possession du défendeur. Lorsque celui-ci a disposé de quelques-uns de ces accessoires, il doit restituer le prix qu'il a obtenu, s'il est de bonne foi ; le possesseur de mauvaise foi devrait rembourser la valeur intégrale, quand bien même le prix d'aliénation serait inférieur (art. 1379).

La restitution *cum omni causa* comprend encore la bonification des produits et émoluments de l'immeuble revendiqué

(1) Laurent, VI, n. 175. — Cpr. Aubry et Rau, II, § 219, p. 395.

(2) En effet, si le possesseur de bonne foi n'est pas en demeure à raison de la demande introduite et si, en conséquence, il ne répond pas des cas fortuits, il n'en est pas moins assujetti à donner ses soins à la conservation d'une chose dont la restitution pourrait lui être imposée ; un acte de négligence suffit ainsi pour engager sa responsabilité. Avant l'introduction de la demande, au contraire, le possesseur qui se croit légitime propriétaire ne voit sa liberté d'action limitée par aucune obligation relative à la conservation de la chose. — *Sic* Laurent, VI, n. 175.

(3) Aubry et Rau, II, § 219, p. 395, note 21.

dans une mesure variable encore, suivant que le possesseur est de bonne ou de mauvaise foi, et suivant qu'il s'agit de fruits antérieurs ou postérieurs à la demande (V. *infra*, n. 292 s.).

Enfin la restitution *cum omni causa* comprend les indemnités qui peuvent être dues à raison des dégradations et dommages causés à l'immeuble revendiqué ; c'est l'hypothèse d'une perte partielle ; on lui applique, sous les distinctions déjà indiquées, les mêmes règles qu'à la perte totale (1).

259. Le succès de l'action en revendication permet au défendeur de faire valoir, à raison des impenses effectuées, une créance contre le demandeur. Les règles suivies sur ce point remontent, sauf quelques modifications, jusqu'aux jurisconsultes romains qui les fondaient sur cette maxime générale d'équité : « Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui ». L'application de cet axiome conduit à la distinction de trois catégories d'impenses : impenses *nécessaires*, *utiles* et *voluptuaires* (Cpr. art. 599, 861, 862, 1381, 1634, 1635, 1673 et 1675) soumises à des règles différentes.

260. Les impenses « nécessaires », celles qui étaient indispensables à la conservation totale ou partielle de la chose, sont intégralement restituées au possesseur de mauvaise foi comme au possesseur de bonne foi. Le propriétaire, en effet, eût été contraint de les faire lui-même ; il a évité la dépense payée par le possesseur ; il se trouverait enrichi au détriment de ce dernier, s'il ne lui en remboursait le montant. En supposant qu'une perte fortuite vienne détruire le résultat des impenses effectuées, le remboursement reste quand même dû au possesseur de bonne foi, puisqu'il n'a pas à supporter le cas fortuit ; au contraire, le possesseur de mauvaise foi n'a droit au remboursement que dans la mesure où il n'est plus responsable du cas fortuit, c'est-à-dire sous la restriction de l'art. 1302, § 2 (2).

Bien que les dépenses d'entretien soient « nécessaires », elles ne donnent lieu à aucune répétition en faveur du pos-

(1) Aubry et Rau, II, § 219, p. 394-396.

(2) Aubry et Rau, II, § 219, p. 397, note 33 ; Demolombe, IX, n. 686 ; Laurent, VI, n. 176.

sesseur de bonne foi; celui-ci est dispensé de la restitution des fruits, et les dépenses d'entretien sont considérées comme charge des fruits; en sens inverse, le possesseur de mauvaise foi en exigera la bonification, puisque la restitution des fruits lui est imposée (1).

261. Les impenses « utiles » ne sont plus indispensables à la conservation de la chose : elles sont facultatives; mais elles ont pour résultat l'amélioration de l'immeuble et une augmentation de sa valeur vénale. Le propriétaire, en retrouvant sa chose avec l'amélioration introduite, s'enrichit de toute la plus-value existant au jour de la restitution, c'est-à-dire de la supériorité de valeur ajoutée à l'immeuble par les impenses utiles; cet enrichissement, il le doit au défendeur; en conséquence, le propriétaire doit restituer les impenses utiles non intégralement, mais jusqu'à concurrence de la plus-value, laquelle s'apprécie non au jour de l'achèvement des travaux, mais au jour même où s'opère la restitution; par ailleurs, comme l'enrichissement a pour seule cause l'importance de la plus-value, le propriétaire est aussi bien tenu à l'égard du possesseur de mauvaise foi qu'à l'égard du possesseur de bonne foi. Dans notre ancienne jurisprudence, on avait ici corrigé les solutions romaines qui n'avaient établi d'assimilation, pour les impenses utiles, entre le possesseur de bonne et de mauvaise foi que dans la pétition d'hérédité (2). D'autre part, le propriétaire ne fera supporter

(1) Aubry et Rau, II, § 219, p. 397, note 33; Laurent, VI, n. 176.

(2) L. 38, Dig., *De hered. pet.*, V, 3. — Dans l'action en revendication, le possesseur de mauvaise foi avait seulement le droit d'enlever ce qui pouvait l'être sans dégradation du fonds, L. 37, Dig., *De rei vind.*, VI, 1; L. 7, 12, Dig., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1; L. 5, C., *De rei vind.*, III, 32. — Cujas avait soutenu, malgré l'apparence des textes romains, que la maxime générale d'équité « Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui », restait néanmoins applicable, et, sur cette explication, on avait admis dans l'ancien droit l'assimilation du possesseur de bonne et de mauvaise foi. Cependant Pothier, *De la propriété* n. 350, affirme que, dans la pratique, on laissait au juge le soin de décider, suivant les circonstances, c'est-à-dire d'après le degré de mauvaise foi du possesseur, si l'on pouvait obliger le propriétaire à rembourser des impenses qu'il n'eût peut-être pas faites lui-même. Aussi un auteur moderne, Laurent, VI, n. 177, a-t-il soutenu que le juge devait conserver encore aujourd'hui cette liberté d'appréciation. Mais il paraît difficile d'admettre que le propriétaire ait une juste raison de se plaindre lorsqu'il se borne à rendre l'équivalent de ce qu'il reçoit. — *Sic* Aubry et Rau, II, § 219, p. 398,

aucune déduction au possesseur de bonne foi à raison des fruits que celui-ci est autorisé à retenir (1).

262. Quant aux impenses « voluptuaires », c'est-à-dire de simple agrément, sans aucun résultat utilitaire, susceptible d'entraîner une augmentation dans la valeur vénale de la chose, le défendeur, qu'il soit de bonne foi ou de mauvaise foi, n'en peut exiger le remboursement: on lui réserve seulement la faculté d'enlever ce qui peut se détacher sans détériorer le fonds, et encore sous cette restriction, admise déjà en droit romain, qu'il n'agisse pas par pure malice, avec le seul désir de nuire au propriétaire, sans avoir lui-même aucun intérêt à supprimer l'embellissement (2).

263. Du reste, le demandeur n'est nullement tenu de rembourser au défendeur le prix que celui-ci avait pu payer à son vendeur, lors de son acquisition *a non domino*, quand bien même elle aurait eu lieu par voie d'adjudication publique. La disposition exceptionnelle de l'art. 2280 C. civ. ne saurait être étendue au delà de ses termes; elle est sans application en matière immobilière (3). Cependant si le défendeur avait employé son prix à la libération de l'immeuble grevé d'hypothèque, le demandeur devrait lui en tenir compte dans la mesure où cette libération lui est profitable, mesure variable, selon que le demandeur se trouverait ou non personnellement obligé dans la dette (4).

264. Le possesseur a-t-il un droit de rétention pour assurer le remboursement de ses impenses? La controverse soulevée par cette question trouvera sa place dans la théorie générale

note 36. — Cass., 22 août 1866, S., 66. 1. 153, D., 65. 1. 358; 11 janvier 1887, S., 87. 1. 225, D., 88. 5. 399. — On pourrait toutefois admettre une restriction dans le cas où le possesseur aurait, par malice et pour créer des embarras ultérieurs au propriétaire, fait des dépenses considérables; le propriétaire, dans cette hypothèse, devrait au moins obtenir des termes raisonnables pour le remboursement; on pourrait même, à la rigueur, lui laisser la faculté de faire supporter au possesseur la conséquence de cette faute spéciale, en l'obligeant à enlever sans dégrader.

(1) Aubry et Rau, II, § 219, p. 398. — V. *infra*, n. 357 s., en ce qui concerne les constructions nouvelles.

(2) Aubry et Rau, II, § 219, p. 398.

(3) Le propriétaire n'est pas tenu de respecter les baux consentis par le possesseur. — Laurent, VI, n. 180.

(4) Laurent, VI, n. 179; Aubry et Rau, II, § 219, p. 399.

du droit de rétention (1). Il suffit de signaler ici que la jurisprudence accorde le droit de rétention au possesseur de bonne foi et le refuse au possesseur de mauvaise foi (2).

§ II. *De l'action négatoire.*

265. Dans cette action, le débat ne porte plus, à vrai dire, sur l'existence du droit de propriété, mais plutôt sur le point de savoir s'il a conservé tout son caractère exclusif et absolu. Le demandeur, en effet, n'a plus en face de lui un adversaire qui se prétende propriétaire de la chose; il se propose seulement de faire déclarer l'immeuble franc et libre des servitudes réelles ou personnelles dont le défendeur soutient être titulaire; et, comme conséquence, on demandera d'interdire au défendeur, pour l'avenir, tout exercice de la servitude et de l'obliger, pour le passé, à réparer le préjudice causé par l'exercice illégitime de la servitude. L'action négatoire poursuit parfois un but moins énergique, le demandeur se bornant à faire restreindre l'exercice abusif d'une servitude dont l'existence est reconnue, mais l'étendue contestée.

Dans tous les cas, qu'il s'agisse de l'existence ou de l'étendue de la servitude, lorsque le demandeur a établi son droit de propriété, ce qui d'ordinaire ne soulèvera aucune difficulté puisque ce n'est pas l'objet de la contestation, il peut se contenter d'attendre la justification que l'adversaire doit fournir de son droit prétendu. En effet, le droit de propriété est absolu et exclusif, et la chose qui en est l'objet est présumée libre entre les mains du propriétaire. C'est donc au défendeur qu'il appartient d'établir l'existence et l'étendue de la servitude dont il se prétend titulaire, quand bien même une sentence au possessoire l'aurait maintenu dans la jouissance de cette servitude (3).

(1) V. sur cette question la partie du *Commentaire sur les privilèges et hypothèques.*

(2) Cass., 25 mai 1852, D., 52. 1. 279.

(3) Voir sur cette question, *infra,* n. 1147.

SECTION IV

DE QUELQUES ÉTATS PARTICULIERS DE LA PROPRIÉTÉ

266. Nous retrouverons un peu plus loin, avec les art. 552 et 553 C. civ., la propriété superficiaire et la propriété souterraine. Nous avons seulement à traiter ici de la *copropriété* et à rappeler l'existence de certains droits assimilés à la propriété, désignés assez souvent sous le nom de *propriétés incorporelles*.

§ I. *De la copropriété.*

267. Le droit de propriété étant absolu ne peut, on le sait, appartenir pour le tout à deux personnes différentes; mais on trouve assez souvent plusieurs propriétaires *pro parte* d'une même chose. Leur concours donne naissance à un état d'indivision et constitue la copropriété. A chacun des copropriétaires appartient une quote-part idéale ou abstraite, une fraction du droit de propriété; le droit de chacun s'étend sur chaque parcelle de la chose, mais il y rencontre le droit égal des autres copropriétaires.

Le code n'a pas réglementé dans son ensemble la théorie de la copropriété; quelques solutions ont été seulement formulées; aussi n'est-il pas inutile de chercher à combler cette lacune.

L'indivision inhérente à la copropriété est tantôt « volontaire », tantôt « forcée ».

A. *De la copropriété avec indivision volontaire.*

268. En laissant de côté les hypothèses où la copropriété implique un rapport de société, comme dans la communauté entre époux, dans les sociétés civiles ou commerciales dépourvues de la personnalité morale, hypothèses soumises à des règles particulières, le droit commun de la copropriété se ramène aux principes suivants :

Les copropriétaires, tout d'abord, sont libres de consentir, sans le concours des autres communistes, les actes juridiques compatibles avec la nature intellectuelle de leur droit frac-

tionnaire. C'est ainsi que chacun d'eux a la faculté d'aliéner sa quote-part, de la grever de droits réels, servitudes ou hypothèques, sauf l'effet résolutoire attaché au partage déclaratif (1); l'aliénation ou la constitution de droits réels pourraient même avoir pour objet la chose entière, sous la condition suspensive que, par l'effet du partage, la chose tombera dans le lot du constituant. Les créanciers sont autorisés aussi à saisir et faire vendre la quote-part de leur débiteur, avant la réalisation du partage. La revendication enfin est ouverte à chaque copropriétaire contre un tiers détenteur, pour faire établir l'existence du droit à une quote-part abstraite de la chose (2).

269. Mais aucun des communistes n'est autorisé à accomplir un acte de disposition matérielle, à entreprendre une innovation sans l'assentiment des autres copropriétaires (3). *A fortiori* l'un des communistes ne pourrait-il vendre la chose indivise sans le consentement des autres copropriétaires; ceux-ci seraient en droit de faire prononcer immédiatement la nullité de la vente, sans attendre le résultat du partage (4). Ils ne sont pas même liés par les actes d'administration que l'un d'entre eux aurait consentis (5), et, avant le partage, aucun des copropriétaires n'a le droit d'agir en revendication pour obtenir le délaissement d'une partie ma-

(1) Cf. Limoges, 25 avril 1888, D., 89. 2. 288. — Cass., 28 février 1894, D., 94. 1. 235.

(2) Aubry et Rau, II, § 221, p. 406.

(3) Ainsi l'un des communistes ne pourrait élever une construction sur un terrain nu. Rennes, 28 janv. 1895, D., 95. 2. 378. — Il faut combiner toutefois la règle indiquée avec celle qui permet au copropriétaire d'exercer sur la chose commune les actes de jouissance compatibles avec la destination de cette chose; on en doit conclure que si l'innovation était utile au copropriétaire qui l'entreprend sans causer aucune gêne, aucun dommage sérieux aux autres communistes, si par ailleurs elle respectait la nature et la destination de l'immeuble, il n'y aurait aucune raison pour y mettre obstacle. — Grenoble, 27 juin 1899, D., 99. 2. 440. — Metz, 6 février 1857, S., 58. 2. 44, D., 57. 2. 196. — Demolombe, XI, n. 447. — Il en serait ainsi *a fortiori*, s'il s'agissait de travaux nécessaires à la conservation de la chose commune. — Rennes, 22 janvier 1894, D., 95. 2. 378. — Le propriétaire par indivis pourrait réaliser des innovations matérielles avec le consentement, même tacite, de tous les autres communistes, Cass., 9 mars 1898, D., 99. 1. 216.

(4) Douai, 30 nov, 1896, sous Cass., 21 nov. 1898, précité.

(5) Mais l'action en nullité du bail ne pourrait être exercée que par ceux des communistes qui ne l'auraient pas consentie. — Alger, 22 fév. 1899, D., 1901. 2. 22.

tériellement déterminée de la chose indivise (1). Chaque communiste doit contribuer, d'ailleurs, aux charges, aux frais d'entretien et de conservation de la chose, en proportion de sa quote-part, sauf à s'affranchir pour l'avenir de cette obligation par la faculté d'abandon (2).

270. Chacun des copropriétaires a le droit de faire cesser l'indivision en provoquant le partage de la chose commune ; à cet égard l'art. 815 C. civ. contient une règle générale applicable à toutes les hypothèses d'indivision. Il nous suffira donc de renvoyer aux explications fournies sur ce texte (3).

271. Enfin chaque copropriétaire peut exercer sur la chose commune les actes de jouissance compatibles avec sa destination, sans porter atteinte au droit égal de ses consorts (4). En principe, le droit de jouissance, un des attributs de la propriété, s'étend à tous les fruits et émoluments de la chose, de sorte que ces produits se partagent au prorata de la quote-part afférente à chacun des communistes. Mais le droit de jouissance peut se trouver établi de telle sorte que l'un des copropriétaires recueille certains produits déterminés et l'autre le surplus des fruits (5). Il y a toujours un droit de copropriété, le fonds restant indivis jusqu'au partage ; mais, pendant l'indivision, la jouissance est matériellement distribuée entre les communistes ; la situation s'analyse juridiquement en un droit indivis quant à la nue propriété et en un droit de jouissance divise sur les produits (6). C'est ainsi que la jouissance d'une forêt peut être divisée de façon à laisser à l'un

(1) Cass., 28 avril 1851, S., 51. 1. 442.

(2) Aubry et Rau, II, § 221, p. 408. — Cass., 2 fév. 1825, S., 25. 1. 363. — Lyon, 5 fév. 1834, S., 34. 2. 224.

(3) V. *Traité des successions*, II, n. 2750.

(4) Cass., 15 avril 1850, S., 50. 1. 451, D., 50. 1. 247. — Grenoble, 27 juin 1899, D., 99. 2. 440. — Bordeaux, 31 mai 1888, S., 88. 2. 127, D., 88. 1. 60. — Bordeaux, 17 juill. 1887, D., 90. 2. 149. — Pau, 26 fév. 1890, D., 91. 2. 213. — Cass., 28 oct. 1891, D., 93. 1. 246 ; 28 fév. 1894, D., 94. 1. 235.

(5) Aubry et Rau, II, § 221 *bis*, p. 411. — Cpr. en sens contraire Demolombe, IX, n. 513 à 528.

(6) Souvent on sera tenté de contester à l'un des communistes son droit de copropriété pour le réduire à un simple droit de superficie ou même à un droit d'usage. Les tribunaux décideront à l'aide des titres ou des circonstances de fait respectivement invoquées. — Cass., 14 nov. 1853, S., 54. 1. 105. — Aubry et Rau, II, § 221 *bis*, p. 413.

les taillis, à l'autre les futaies (1); l'un des copropriétaires d'une prairie aura parfois la jouissance des premières herbes, les secondes étant réservées à l'autre communiste (2); un terrain couvert de brandes et de bois peut appartenir pour les branches à l un et pour les bois à l'autre (3).

L'existence de cette jouissance divise résulte tantôt d'une convention, tantôt de la prescription, si chacun des communistes a, pendant le temps requis, exercé la possession exclusive de certains produits déterminés.

B. *De la copropriété avec indivision forcée.*

272. Le caractère essentiel de cette copropriété réside dans l'impossibilité de provoquer le partage. Le code en signale lui-même deux exemples. L'un est réglé par l'art. 664 C. civ. et se réfère à l'hypothèse où les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires; la copropriété porte sur le sol et sur certains ouvrages indispensables à l'existence de la maison tout entière, tels que les gros murs et le toit (4). L'autre englobe toute la théorie de la mitoyenneté des clôtures. L'art. 670 concerne aussi la mitoyenneté des arbres plantés sur la limite séparative de deux propriétés; mais ici l'expression paraît impropre, puisque la copropriété de ces arbres n'a pas le caractère d'une indivision forcée.

La défense de provoquer le partage peut aussi résulter d'une convention, dans les limites autorisées par l'art. 815.

273. En dehors des exemples expressément visés par le code, il y a d'autres hypothèses d'indivision forcée. Dans tous les cas où la copropriété a pour objet des choses qui, par leur destination, sont les accessoires indispensables d'héritages appartenant à des propriétaires différents, ces choses demeurent dans un état forcé d'indivision, sans que le partage en puisse être provoqué. Assez souvent (5), pour

(1) Caen, 30 mai 1843, S., 43. 1. 473; Ch. réun., 20 fév. 1851, S., 51. 1. 358.
(2) Cass., 22 nov. 1841, S., 42. 1. 191.
(3) Cass., 26 déc. 1833, S., 34. 1. 720, 13 fév. 1834, S., 34. 1. 205.
(4) V. *infra*, n. 986 s.
(5) V. Demolombe, XI, n. 425.

préciser ce résultat, on dit que les choses sont affectées d'une *servitude d'indivision*, mais l'expression n'est pas d'une exactitude bien rigoureuse; l'indivision forcée n'est pas, à vrai dire, une charge imposée aux choses communes; celles-ci sont l'objet d'un droit de copropriété, avec cette seule restriction que le partage en est impossible pour un motif impérieux de nécessité, puisque la division leur enlèverait toute l'utilité qu'exige leur destination. Il en est ainsi notamment des allées, ruelles, cours, fosses d'aisances ou puits destinés au service de plusieurs maisons; des sentiers, avenues, chemins ou abreuvoirs affectés à l'exploitation de divers fonds. On trouve parfois ces choses qualifiées de « mitoyennes » dans les actes; l'expression n'est pas inexacte, mais il vaut mieux la réserver aux clôtures et respecter la terminologie du code.

La nécessité qui sert de fondement à l'indivision forcée, à la défense de procéder au partage, marque aussi la limite de cette prohibition; ainsi une cour commune peut être partagée si chacune des maisons dont elle dépend possède une autre cour séparée, suffisante à son usage (1).

274. C'est un droit de copropriété et non un droit de servitude qu'exerce chacun des communistes. Par suite, le droit ne saurait se perdre par le non usage; il peut s'acquérir par prescription, et les dispositions des art. 701 § 3 et 702 sont inapplicables à la matière (2).

275. Les droits des communistes diffèrent quelque peu dans cette hypothèse de ceux indiqués pour le cas d'indivision volontaire. Tout d'abord, en ce qui concerne les actes juridiques, on peut soutenir que l'aliénation du droit de copropriété ne saurait avoir lieu séparément de l'immeuble au service duquel la chose est nécessaire : c'est un accessoire indispensable de l'immeuble et il en doit suivre le sort. En sens inverse, les copropriétaires ont des droits plus étendus en ce qui concerne l'exercice des actes matériels d'usage et de jouissance. Chacun d'eux a un droit d'usage sur la chose

(1) Aubry et Rau, II, § 221 *ter*, p. 414; Demolombe, XI, n. 444. La question de nécessité est souverainement appréciée par les juges du fond, Cass., 21 oct. 1889, D., 91. 5. 435.

(2) Cass., 10 nov. 1845, S., 46. 1. 487, D., 46. 1. 139.

entière et, sous la seule réserve de respecter le libre exercice du droit égal des autres communistes, il a la faculté de retirer de la chose toute l'utilité conforme à sa destination, laquelle se détermine soit par une convention, soit par l'exercice effectif des actes d'usage (1). Ainsi, le copropriétaire d'une cour commune a le droit d'exhausser à sa guise les bâtiments qui donnent sur cette cour et d'y pratiquer toute espèce d'ouvertures (2); rien ne l'empêche non plus de déverser dans la cour commune les eaux pluviales, ni même les eaux ménagères, si toutefois elles trouvent un écoulement suffisant et si la disposition des lieux ne rend pas les eaux gênantes pour les autres communistes (3). Il peut même, dans une certaine mesure, apporter des modifications à l'état des lieux dans son intérêt personnel, par exemple établir sans le consentement des autres copropriétaires une canalisation d'eau et d'électricité dans le sous-sol de la cour. En revanche, un copropriétaire ne pourrait établir dans la cour commune un dépôt permanent de fumier (4), ni élever un mur séparatif qui rendrait impossible l'accès des voitures aux maisons de ses consorts (5); ni la transformer en un lieu de stationnement, de façon à entraver la jouissance des autres communistes (6); il a été jugé qu'un chaudronnier n'avait pas le droit d'installer ses entrepôts et encore moins ses établis dans une cour indivise (7).

(1) Ainsi le terrain situé devant une maison indivise et destiné à faciliter l'entrée et la sortie des voitures doit demeurer libre de toute construction. — Cass., 27 juin 1893, S., 96. 1. 86.

(2) Cass., 10 nov. 1845, précité. L'un des communistes peut aussi exhausser le sol de la cour commune pour faciliter l'écoulement des eaux, si cette modification ne cause aucun dommage aux autres communistes. — Cass., 14 juin 1895, D., 95. 1. 508.

(3) V. sur le premier point Caen, 23 avril 1847, S., 48. 2. 380, D., 49. 5. 362 et sur le second Trib. Seine, 12 fév. 1896, *le Droit*, 9 avril 1896.

(4) Caen, 24 nov. 1856, S., 57. 2. 304.

(5) Cass., 28 juin 1876, S., 76. 1. 344, D., 76. 1. 344.

(6) Cass., 8 janv. 1901, D., 01. 1. 277.

(7) Chambéry, 14 mai 1870, S., 70. 2. 247, D., 71. 2. 32. — L'un des copropriétaires d'un puits commun ne pourrait élever un mur séparatif dans le milieu de ce puits. — Cass., 17 mai 1887, S., 90. 1. 315. — On a même décidé, non sans quelque rigueur, que le copropriétaire d'un puits commun ne peut installer une pompe sans le consentement des autres. — Trib. Bordeaux, 6 mars 1895, S., 97. 2. 218.

Dans le cas où plusieurs propriétaires possèdent en commun une ruelle, chacun d'eux est libre d'user pour son utilité ou son agrément de la partie du passage située en face de ses bâtiments (1). Les communistes peuvent notamment établir et conserver devant leurs bâtiments et dans la largeur du passage des toits avancés, couvertures et abris (2); mais l'établissement de ces couvertures ou de tout autre ouvrage suppose que la destination de la ruelle n'y est pas contraire et spécialement que le maintien des saillies ne cause aucune entrave à la circulation commune (3).

276. La chose commune, maintenue dans un état d'indivision forcée, comme accessoire indispensable de certains héritages déterminés ne doit pas servir aux besoins des autres fonds appartenant aux communistes. Ainsi le copropriétaire d'une cour commune entre divers immeubles ne saurait prétendre aucun droit sur cette cour, à raison de l'acquisition par lui faite d'un autre immeuble joignant la cour commune (4). De même lorsque, dans le partage d'un corps de bâtiment, un puits a été laissé indivis pour servir en commun aux copartageants, l'usage de ce puits doit être restreint aux immeubles qui ont fait l'objet du partage; il ne peut être étendu à ceux que les copartageants acquièrent par la suite (5).

277. En principe, et sauf convention contraire, les frais d'entretien et de conservation de la chose commune sont à la charge des copropriétaires dans la proportion de leur intérêt, s'ils n'aiment mieux s'en affranchir par l'abandon de leur copropriété (6).

(1) Sur la question de savoir dans quelles conditions on peut ouvrir des fenêtres donnant sur la ruelle, v. *infra*, n. 1041. — Chacun des copropriétaires de la ruelle peut placer à l'entrée des plaques-enseignes. — Caen, 19 avril 1886, S., 87. 2. 221, ou établir une grille en bordure. Cass. 8 fév. 1897, D., 97. 1. 104.

(2) Grenoble, 28 novembre 1868, S., 69. 2. 252. — Demolombe, XI, n. 446.

(3) Aubry et Rau, II, § 221 *ter*, p. 416, note 15. — *Contra* Demolombe, XII, n. 565. — Nancy, 25 déc. 1816, S., 17. 2. 155. — Montpellier, 14 nov. 1856, S., 57. 2. 81. — Agen, 21 juin 1867, S., 68. 1. 180.

(4) Orléans, 12 nov. 1881, S., 82. 2. 139. — Paris, 6 nov. 1863, S., 64. 2. 36, D., 63. 2. 212. — Chambéry, 22 nov. 1892, D., 94. 2. 240.

(5) Bourges, 13 nov. 1838, S., 39. 2. 84, D., 39. 2. 14.

(6) Aubry et Rau, II, § 221 *ter*, p. 416; Demolombe, IX, n. 448 et 449. — Cass., 2 fév. 1825, S., 25. 1. 363. — Lyon, 5 fév. 1834, S., 34. 2. 224.

§ II. *Des propriétés incorporelles.*

278. Dans le langage courant et pour une plus grande facilité d'expression, on a étendu le terme « propriété » à des choses incorporelles ; on veut exprimer ainsi le droit exclusif d'en user et d'en disposer. Le code lui-même utilise parfois cette terminologie; c'est ainsi qu'il est question, dans l'art. 136 C. co., de « la propriété d'une lettre de change ». Dans la pratique encore on emploie les mots « PROPRIÉTÉ DES OFFICES » pour désigner la valeur pécuniaire du droit accordé aux officiers ministériels de présenter leurs successeurs à l'agrément du gouvernement (1). De même on qualifie de « PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE, INDUSTRIELLE ET ARTISTIQUE » la valeur pécuniaire du droit que la loi assure aux auteurs, aux inventeurs et aux artistes sur leurs productions. Nous n'avons pas à traiter ici de ces matières, réglementées par des lois spéciales.

279. Le *nom* patronymique constitue aussi, dans la terminologie habituelle, une *propriété* que chacun a le droit de défendre contre toute atteinte, dans la limite de ses intérêts (2). La transmission, l'acquisition, la transformation de cette propriété spéciale sont soumises à des règles qui dérivent soit de la théorie de la filiation, soit de dispositions d'ordre administratif ; l'exercice abusif et illicite du nom d'autrui est en outre sanctionné par le principe général de l'art. 1382 C. civ., et nous n'avons pas à nous arrêter, dans le chapitre consacré à la propriété, sur toutes les difficultés de détail, sur toutes les solutions que la pratique a fournies à propos de l'usage des noms patronymiques. Le législateur a récemment comblé une lacune en réglementant dans la loi du 6 février 1893 sur la séparation de corps l'emprunt du nom du mari par la femme.

280. Enfin, sur la « propriété des lettres missives », qui se ramène en pratique au droit de les publier ou de les produire en justice, il nous suffira de poser ce principe que les

(1) V. loi du 28 avril 1816, art. 91.

(2) V. les arrêts signalés dans le *Code civil annoté* de Fuzier-Herman, sur l'art. 544, n. 72, 138.

lettres appartiennent au destinataire, à moins que l'auteur de la lettre n'ait manifesté une intention contraire et n'ait voulu en retenir la propriété (1). Certaines difficultés pratiques trouveront une place mieux appropriée dans la théorie des preuves.

CHAPITRE II

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI EST PRODUIT PAR LA CHOSE

SECTION PREMIÈRE

PRINCIPE GÉNÉRAL DE L'ART. 546

Après avoir comblé dans un premier chapitre les lacunes du code, nous pouvons revenir aux dispositions qu'il renferme. A la vérité le législateur s'est uniquement préoccupé de réglementer l'une des conséquences du droit de propriété, dont la formule générale est posée dans l'art. 546 et dont les développements se trouvent dans les textes suivants :

281. Aux termes de l'art. 546 : « *La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. — Ce droit s'appelle* » droit d'accession ». Le droit du propriétaire s'étend aux accessoires de la chose. Cette extension porte le nom d'*accession*, de *accedere*, s'ajouter. La loi considère ici comme accessoires de la chose : 1° ses produits ; 2° tout ce qui s'unit accessoirement à la chose, soit naturellement, soit artificiellement.

282. On a beaucoup discuté sur le caractère propre de ce droit d'accession, dont parle l'article 546, et la discussion remonte jusqu'aux textes du droit romain. L'art. 712 range, par ailleurs, l'*accession* parmi les modes d'acquérir la propriété ; si tel est son caractère, pourquoi le code a-t-il réglementé cette matière dans notre titre et non dans les dispositions préliminaires du livre III ?

(1) V. Tissier, *La propriété et l'inviolabilité des lettres.* — Cass., 9 février 1881, S., 81. 1. 193, et la *Note* de M. Labbé, D., 82. 1. 73.

L'art. 546 formule une maxime de vérité banale, un axiome d'une incontestable et nécessaire application : « L'accessoire suit le principal ». Cette règle permet de déterminer l'étendue exacte du droit de propriété sur les choses objets de ce droit ; elle précise, en quelque sorte, les limites physiques de la propriété. Envisagée sous cet aspect, l'accession n'a certainement pas le caractère d'un mode d'acquisition ; mais lorsque l'on considère l'origine antérieure des accessoires qui sont venus s'ajouter à la chose principale, deux hypothèses doivent être distinguées : ou bien les accessoires ont toujours fait partie de la chose principale ; ils n'en sont que le prolongement naturel ; en d'autres termes, la maxime *accessorium sequitur principale* est conforme à la réalité des faits ; alors elle a seulement pour effet juridique de faciliter la preuve de l'étendue du droit de propriété ; elle équivaut à un titre légal, ou mieux, à une présomption de propriété. Ou bien, avant leur incorporation, avant leur accession, les choses accessoires appartenaient à des tiers ; elles ne sont passées dans le patrimoine du propriétaire de la chose principale que par le résultat de l'accession ; alors, en même temps qu'elle crée encore une présomption de propriété, l'accession a pour effet une translation du droit ; le tiers a perdu la propriété de l'accessoire au profit du maître de la chose principale. Autrement dit, la règle *accessorium sequitur principale* offre toujours au propriétaire un moyen aisé de préciser l'étendue matérielle de son droit ; là se borne son effet si l'accession est naturelle, si l'accessoire a toujours été considéré comme la chose du propriétaire ou tout au moins si on en ignore l'origine ; si, au contraire, l'accession est artificielle, si elle a été créée, si l'accessoire n'a cessé d'appartenir à un tiers que par le fait de l'incorporation, l'accession équivaut à un mode translatif de propriété. On comprend, dès lors, que le code ait condensé toute cette théorie et l'ait rattachée à l'idée mère, à l'idée commune aux deux hypothèses : la détermination de l'étendue physique du droit de propriété.

283. Le fondement de la règle *accessorium sequitur principale* n'est pas contestable, et les conséquences que la règle entraîne ne sauraient être douteuses. La seule difficulté con-

siste, à vrai dire, à reconnaître si, dans une hypothèse donnée, telle chose est l'accessoire d'une autre; mais lorsqu'on a été amené à considérer en fait un objet comme l'accessoire d'une chose principale, on doit considérer que le propriétaire de la chose principale l'est aussi de la chose accessoire, sur le fondement de la maxime qui sert de base à l'art. 546. C'est en ce sens que le texte crée une présomption légale de propriété; mais la présomption n'est pas absolue, elle peut être détruite par la preuve contraire résultant, suivant les cas, d'un titre, de la possession prolongée ou des circonstances de fait, susceptibles de constituer une présomption plus puissante, puisque, dès qu'il s'agit du droit de propriété, les présomptions sont admises comme mode de preuve, sous la limitation de l'art. 1353 C. civ. Ces considérations générales nous permettent de trancher aisément la controverse soulevée par certaines applications spéciales de notre maxime.

La jurisprudence décide d'une façon constante que le propriétaire d'un moulin, d'une usine utilisant la force motrice de l'eau est, jusqu'à preuve contraire, présumé propriétaire du bief qui amène l'eau et du canal de fuite par où elle s'écoule, lorsque ces canaux d'amenée et d'issue sont artificiels, lorsqu'ils ont été creusés de main d'homme pour le service du moulin et de l'usine (1). On a contesté cette solution en reprochant à la jurisprudence d'avoir elle-même créé cette présomption dont le code ne fait pas mention (2). La critique a sans doute été suggérée par les expressions trop

(1) Cass., 18 août 1863, S., 64. 1. 13, D., 63. 1. 359; 9 juin 1868, S., 69. 1. 311, D., 69. 1. 195; 4 février 1873, S., 73. 1. 53, D., 74. 1. 122. — Aubry et Rau, II, § 192, p. 182. — Cpr. Pardessus, *Des servitudes*, I, 111; d'après Demolombe, XI, n, 129 s., l'usinier n'aurait qu'une servitude d'aqueduc sur le canal. — Lorsque le propriétaire d'une usine a fait établir une chaussée pour obtenir une surélévation des eaux et créer ainsi la force motrice, doit-on considérer la surélévation de l'eau comme l'accessoire de la chaussée? L'affirmative conduirait à décider qu'un tiers ne peut jamais utiliser la surélévation sans l'assentiment du propriétaire de l'usine. La Cour de cassation rejette, avec raison, cette solution. La force motrice seule est l'accessoire de la chaussée; il faut donc pour que le propriétaire de l'usine puisse se plaindre, que le tiers qui profite de la surélévation diminue la puissance de la force motrice au détriment de l'usine. Cass., 13 janv. 1898, D., 98. 1. 532, et spécialement l'arrêt de Toulouse du 5 février 1895 rapporté en tête de la décision de la cour suprême.

(2) Laurent, VI, n. 187.

concises des arrêts et par les formules abrégées des auteurs qui affirment l'existence d'une présomption légale de propriété au profit du maître de l'usine. C'est là une tournure elliptique sous laquelle une partie de la pensée reste sous-entendue; sans doute il n'y a pas, pour cette hypothèque spéciale, de présomption légale de propriété qui attribue les canaux au propriétaire de l'usine; mais si, en fait, il est permis de considérer ces canaux comme accessoires de l'usine, on devra leur appliquer la présomption générale qui découle de la maxime *accessorium sequitur principale*. En fait, les canaux doivent-ils être considérés comme accessoires? Le juge, appréciateur souverain de cette question, donne aux canaux établis dans certaines conditions le caractère d'accessoires et cette appréciation paraît conforme à la réalité et d'accord avec toutes les probabilités. Ainsi, dans la doctrine des arrêts, toute la difficulté se ramène à une question de fait, si bien que, les circonstances étant modifiées, les canaux d'amenée et d'issue ne sont plus considérés comme les accessoires de l'usine; par exemple, lorsqu'un cours d'eau naturel a été rectifié, modifié dans son parcours, dans l'intérêt de moulins ou d'usines, il n'est pas l'accessoire de ces établissements industriels et la jurisprudence, par la même ellipse de langage, décide que la présomption de propriété au profit du maître de l'usine n'est plus applicable (1); dans le même sens encore, la présomption ne s'étend pas au canal destiné à recevoir le trop plein du bief du moulin dont les eaux, à l'aide de vannes manœuvrées par les propriétaires riverains, servent à l'irrigation de leurs héritages, ce canal pouvant être considéré comme la propriété commune des riverains (2).

284. S'il existe sur les canaux artificiels plusieurs moulins ou usines, les canaux apparaissent comme l'accessoire de tous ces établissements et se trouvent dans un état de copropriété,

(1) Cass., 3 déc. 1866, S., 67. 1. 64, D., 67. 1. 126. — Cass., 13 fév. 1854, S., 56. 1. 224, D., 54. 1. 55. — Cass., 26 avril 1854, S., 54. 1. 458, D., 54. 1. 139; 7 juin 1893, D., 94. 1. 74. — Orléans, 13 déc. 1855, S., 56. 2. 340, D., 56. 2. 253. — Conseil d'Etat, 6 août 1881, D., 83. 3. 11. — Besançon, 14 mars 1888, D., 90. 2. 29.

(2) Cass., 8 nov. 1869, S., 70. 1. 429, D., 70. 1. 163.

même de copropriété avec indivision forcée, puisqu'ils sont indispensables au service de toutes les usines (1).

285. La présomption de propriété, on connaît maintenant l'explication de ces mots, est susceptible d'être combattue par la preuve contraire (2). Il peut résulter, en effet, soit des titres, soit de l'état des lieux, soit de toute autre circonstance de fait, la preuve que le propriétaire de l'usine a seulement sur le canal un droit d'aqueduc, la propriété du lit demeurant aux riverains ou à un tiers quelconque. Le maître de l'usine pourrait être propriétaire du canal d'amenée et n'avoir qu'une servitude d'écoulement par rapport au canal d'issue (3).

286. Les observations présentées s'étendent aussi aux francs-bords, c'est-à-dire à la bande latérale de terrain nécessaire à la surveillance, à l'entretien et au curage du canal ; à moins d'indications contraires, les francs-bords forment l'accessoire du canal et l'on présume que le propriétaire d'un canal l'est aussi des francs-bords, au même titre et de la même façon que le maître d'une usine est présumé propriétaire des canaux artificiels destinés à la conduite des eaux. MM. Aubry et Rau semblent toutefois établir une distinction : il y aurait une présomption *légale* de propriété pour le canal, tandis que la présomption relative aux francs-bords se réduirait à une présomption *de fait* (4) ; mais cette distinction, que rien ne justifie, ne présente pas d'intérêt bien sensible puisqu'il s'agit toujours d'une présomption simple, susceptible d'être combattue par la preuve contraire ; si la possession annale ou d'autres circonstances peuvent détruire la présomption de propriété des francs-bords, les mêmes faits doivent conserver une égale puissance contre la présomption de propriété du canal (5). Les tribunaux chargés d'apprécier en

(1) Cass., 26 mars 1878, S., 79. 1. 77, D., 79. 1. 351 ; 28 nov. 1900, D., 01. 1. 497.

(2) Cass., 18 août 1863 et 9 juin 1868, précités ; 18 mai 1899, D., 01. 1. 361 ; 21 oct. 1903, D., 03. 1. 511.

(3) Cass., 21 déc. 1830, S., 31. 1. 14, D., 31. 1. 159.

(4) Cass., 18 août 1863, précité.

(5) Cass., 13 février 1854, précité ; 16 août 1858, S., 58. 1. 764, D., 58. 1. 357 ; 13 août 1850, S., 50. 1. 721, D., 50. 1. 265 ; 21 mars 1855, S., 56. 1. 304, D., 55. 1. 409. — Cpr. Toulouse, 27 juillet 1868, sous Cass., 8 nov. 1869, précité. — Cass., 1 déc. 1888, D., 89. 1. 469. — La distinction posée par Aubry et Rau, II, § 192,

fait, suivant les circonstances, si les francs-bords sont bien l'accessoire du canal, déterminent aussi, d'après les renseignements techniques sur la matière, la largeur que l'on doit donner aux francs-bords (1).

287. Lorsque la propriété des francs-bords est distincte de celle du canal, la jurisprudence et certains auteurs reconnaissent au propriétaire du canal le droit de circuler sur les berges pour la surveillance et le curage du canal, et le droit d'y déposer momentanément les matières extraites par le curage, sous la réserve d'une indemnité due aux riverains pour le préjudice à eux causé (2). Mais cette solution paraît difficile à justifier; la faculté reconnue au propriétaire du canal s'analyse en un droit de servitude, acceptable à la rigueur, comme accessoire d'une servitude d'aqueduc établie sur le canal, mais ne pouvant être admis, à défaut d'un mode constitutif régulier, d'un titre, comme servitude principale et distincte; l'art. 546, par ailleurs, n'a plus d'application, la propriété du maître du canal s'arrêtant à la rive et celle des riverains sur les francs-bords étant présumée libre de toute servitude.

288. Faut-il appliquer les solutions précédentes aux francs-bords ou répares des fossés? Question de fait dont l'appréciation varie suivant les usages locaux; dans les pays où l'on a coutume de laisser un certain espace de terrain entre la crête des fossés et les fonds voisins, on aura tendance à considérer le franc-bord comme accessoire du fossé (3).

289. Enfin l'on a voulu étendre la même règle à la bande de terrain qui doit exister entre les plantations et le fonds voisin; mais, cette fois, la solution est bien douteuse; le sol n'est pas l'accessoire des plantes qu'il nourrit; la vérité est

p. 183, aurait encore pour inconvénient de justifier la critique que M. Laurent (précité) dirige contre les solutions de la jurisprudence; à vrai dire, la présomption de propriété à l'égard du canal de l'usine n'est pas en elle-même une présomption légale, elle n'est qu'une application particulière de la règle *accessorium sequitur principale*, et la présomption relative aux francs-bords a le même caractère.

(1) Nancy, 29 juillet 1842, D., *Rép.*, v° *Propriété*, n. 122.

(2) Aubry et Rau, II, § 192, p. 184, 21 mai 1860, S., 60. 1. 512, D., 60. 1. 226, 10 avril 1865, S., 66. 1. 209, D., 66. 1. 229.

(3) V. *infra*, n. 998.

plutôt dans la proposition inverse (arg. art. 553 C. civ.). Sans doute l'existence d'arbres, d'arbustes, de plantes, invoquée comme une circonstance de fait, permettra, dans certains cas, de faire admettre cette présomption que le maître des arbres ou arbustes a encore au delà de ces plantes la propriété d'une bande de terrain ayant deux mètres ou cinquante centimètres de largeur ; mais il ne s'agira pas d'une induction puisée dans l'art. 546. On aura utilisé ainsi une des nombreuses présomptions invoquées pour la preuve du droit de propriété, englobées dans la formule qui permet au juge de se décider d'après l'état des lieux (1).

Nous pouvons maintenant passer aux applications du droit d'accession formellement prévues par le code.

SECTION II

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI EST PRODUIT PAR LA CHOSE

§ I. *Au profit du propriétaire.*

290. « *Les fruits naturels ou industriels de la terre. — Les fruits civils, — Le croît des animaux, — Appartiennent au propriétaire par droit d'accession* » (art. 547).

On désigne sous le nom de *fruits* les produits périodiques d'une chose, *quidquid ex re nasci et renasci solet*. Exemple : les récoltes, les coupes de bois taillis, les fermages des terres, les loyers des maisons. Les produits qui ne se perçoivent pas périodiquement, comme la coupe d'une haute futaie non aménagée, ne sont pas des fruits. On voit que si tous les fruits sont des produits, en sens inverse tous les produits ne sont pas des fruits, mais seulement ceux qui *reviennent* périodiquement, et constituent ainsi un *revenu, reditus*.

La périodicité est le caractère essentiel des fruits, dont le renouvellement s'opère sans emprunt apparent (2) à la subs-

(1) Amiens, 27 déc. 1894, *Rec. Amiens*, 95. 103.

(2) En réalité, la production annuelle des fruits fatigue la plante ou le sol, et cause une certaine altération dans la substance de la chose ; après un certain nombre d'années de production, la plante périra, et dans bien des cas elle fournira des fruits pendant une durée moins longue que celle de l'exploitation d'une mine.

tance de la chose ; par fiction, on considère les produits des mines, minières, carrières et tourbières, comme des fruits, et pourtant leur extraction entraîne une diminution de la substance de la chose ; mais on a eu égard à ce fait que la production peut se prolonger pendant un temps indéterminé et assez long. Il en est de même, dans la catégorie des fruits civils, des arrérages d'une rente viagère ou de l'émolument d'un usufruit.

Il y a trois espèces de fruits que l'art. 547 indique ici sans les définir, savoir : les fruits *naturels*, les fruits *industriels* et les fruits *civils*. La loi ajoute, on ne sait pourquoi, le croît des animaux, qui rentre évidemment dans la catégorie soit des fruits naturels, soit des fruits industriels. Nous trouverons au titre *De l'usufruit* (art. 583 s.) les définitions légales de ces diverses espèces de fruits. Disons tout de suite que les fruits *naturels* sont ceux qu'une chose produit spontanément, sans le secours de la main de l'homme ; exemples : l'herbe des prairies naturelles, les roseaux qui croissent dans un marais. Les fruits *industriels* sont obtenus par l'industrie de l'homme appliquée à la chose : telles sont les récoltes qu'on retire d'un fonds à l'aide de la culture. Enfin les fruits *civils* consistent dans une somme d'argent que la chose ne produit pas directement, mais qu'elle procure périodiquement en vertu d'un contrat dont elle a été l'objet, comme les fermages des terres, les loyers des maisons, les intérêts des capitaux.

291. Les fruits sont une partie intégrante du fonds qui les a produits, tant qu'ils n'en ont pas été détachés. Aussi appartiennent-ils au propriétaire, même quand ils sont le résultat des travaux d'autrui ; à moins, bien entendu, que celui qui a fait ces travaux (culture, semences, etc.) n'ait un droit aux fruits en qualité de fermier, d'usufruitier ou tout autre titre. Mais la plus vulgaire équité exige que le propriétaire paye les frais de la récolte que les sueurs d'un autre ont préparée. Aussi l'art. 548 dispose-t-il : « *Les fruits produits par la* » *chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de* » *rembourser les frais des labours, travaux et semences faits* » *par les tiers* ».

Ce texte suppose que le propriétaire d'un fonds le reven-

dique contre celui qui le détient sans droit, contre un usurpateur par exemple. Ces fruits appartiennent au propriétaire comme et avec le fonds dont ils sont un accessoire. Ils sont donc compris dans l'action en revendication, et devront être restitués au propriétaire avec le fonds, sauf l'obligation que notre article impose au revendiquant, de rembourser au possesseur évincé ses frais de labours, travaux et semences, en vertu de la règle *Non sunt fructus nisi deductis impensis.*

Notre article ne faisant aucune distinction, sa disposition serait applicable à tout possesseur qui succombe sur l'action en revendication, même au possesseur de bonne foi; il n'aurait donc droit, comme l'usurpateur, qu'au remboursement de ses frais, sans pouvoir élever aucune prétention aux fruits pendants.

§ II. *Au profit du possesseur.*

292. Mais le possesseur contre lequel l'action en revendication est dirigée détenait peut-être la chose depuis un certain temps déjà. Quelle sera sa situation à l'égard du propriétaire revendiquant, relativement aux fruits qu'il a perçus et peut-être consommés? En sera-t-il comptable? La loi résout la question par une distinction: « *Le simple pos-* » *sesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède* » *de bonne foi; dans le cas contraire, il est tenu de rendre* » *les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique* » (art. 549).

Ainsi, le possesseur est-il de bonne foi? Il ne doit aucun compte au propriétaire revendiquant des fruits perçus, alors même qu'il ne les aurait pas consommés. Est-il de mauvaise foi? Il doit compte des fruits perçus, consommés ou non. Il nous faut envisager successivement cette double situation, si différente dans ses résultats, que la loi fait au possesseur suivant qu'il est de bonne ou de mauvaise foi.

A. *Possesseur de bonne foi.*

1° *Conditions requises pour l'existence de la bonne foi.*

293. Le possesseur est de bonne foi lorsqu'il croit être propriétaire, lorsqu'il se croit le véritable titulaire du droit

dont sa possession est l'exercice. *Bona fides est illæsa conscientia putantis rem suam esse,* dit Voët. La bonne foi du possesseur est donc basée sur une erreur : il croit être propriétaire, alors qu'en réalité il ne l'est pas.

Pour que la bonne foi du possesseur lui fasse acquérir les fruits, il faut que son erreur soit excusable, et elle n'a ce caractère aux yeux de la loi qu'autant qu'elle est appuyée sur un juste titre. En d'autres termes, pour que le possesseur fasse les fruits siens, il ne suffit pas qu'il se croie propriétaire, il faut qu'il ait juste sujet de se croire tel, *justa opinio quæsiti dominii,* et, d'après notre loi, cette condition ne se trouve remplie qu'autant qu'il possède en vertu d'un *juste titre* (1).

C'est ce que dit l'art. 550, qui donne en même temps la définition du juste titre : « *Le possesseur est de bonne foi* » *quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre* » *translatif de propriété dont il ignore les vices. — Il cesse* » *d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus* ».

Ainsi la loi exige deux conditions pour que le possesseur soit considéré comme étant de bonne foi et fasse en cette qualité les fruits siens : 1° que sa possession soit basée sur un juste titre ; 2° qu'il en ignore les vices.

294. 1° Le possesseur doit avoir un juste titre. — Le mot *titre* ne désigne pas ici un écrit, mais bien la cause en vertu de laquelle le possesseur détient la chose. Ce titre ou cette cause doit être juste, *justa causa,* c'est-à-dire de nature à inspirer au possesseur la légitime croyance qu'il est propriétaire. Pour cela le titre doit être par sa nature translatif de propriété, *ad transferendum dominium idoneus.* Il en est ainsi de la vente, de la donation; mais non du louage, du prêt, du dépôt.

Le partage n'est pas, sans doute, translatif de propriété, mais il sert au moins à établir l'existence du titre *pro herede,* à démontrer que la possession était basée sur la croyance à une transmission successorale (2).

(1) Nous verrons un peu plus loin si la rigueur de cette formule, qui découle de l'art. 550, ne doit pas subir une correction. — V. *infra,* n. 313.

(2) Laurent, VI, n. 210.

295. La solution serait la même si le titre était seulement constitutif d'un droit d'usage ou d'usufruit, puisqu'il s'agit d'envisager uniquement les conséquences attachées à la faculté d'user et de jouir de la chose ; celui qui se croit maître de cette faculté, en vertu d'un titre suffisant pour la transmettre ou la créer à son profit, doit conserver tous les fruits perçus de bonne foi et non pas seulement les intérêts des fruits, dans le cas où il s'agit du possesseur de bonne foi d'un usufruit (1).

296. Une objection peut se présenter à l'esprit : celui qui possède une chose comme l'ayant achetée, ou comme l'ayant reçue en vertu d'une donation ou de tout autre titre translatif de propriété en est propriétaire ; comment donc la loi admet-elle qu'il puisse succomber dans une action en revendication intentée par le propriétaire, et lui accorde-t-elle pour ce cas le droit de conserver les fruits par lui perçus? — Il faut supposer que le titre est infecté d'un vice qui a empêché la translation de propriété de s'effectuer au profit de l'acquéreur. Ordinairement ce vice consistera dans le défaut de propriété chez l'auteur du titre, c'est-à-dire chez l'aliénateur. Exemple : J'achète un immeuble de quelqu'un que j'en crois propriétaire et qui ne l'est pas, *a non domino quem dominum esse credideram.* La vente ne peut pas me rendre propriétaire (arg. art. 1599) ; mais elle me servira de juste titre à l'effet de me faire acquérir les fruits.

297. L'application des art. 549 et 551 aux aliénations consenties *a non domino* ne soulève aucune difficulté ; c'est même l'hypothèse prévue dans l'art. 549, dont les termes supposent l'exercice d'une action en revendication par le véritable propriétaire contre un tiers possesseur.

Dans le cas d'une aliénation *a non domino,* d'autres vices viennent parfois se joindre au défaut de droit chez l'aliénateur, par exemple l'incapacité pour ce dernier de contracter ; malgré ce cumul dans les vices qui affectent le titre, l'hypothèse demeure certainement dans les prévisions de nos articles ; mais, comme la bonne foi doit être absolue, il faut que

(1) Aubry et Rau, § 206, p. 268.

le possesseur ignore tous ces vices, la minorité et le défaut de droit du vendeur (1).

298. L'application des art. 549 et 551 va-t-elle s'étendre aux aliénations émanées du véritable propriétaire? Dans cette hypothèse, en effet, l'acquéreur est parfois encore contraint de rendre la chose à l'ancien propriétaire, au cédant ou aux ayant cause de ce dernier, et il importe, par suite, de rechercher s'il aura le droit de conserver les fruits à raison de sa bonne foi. La solution du problème exige un certain nombre de distinctions.

299. Tout d'abord le titre, on le suppose, est entaché d'une nullité et d'une nullité relative, dérivant, par exemple, d'un vice du consentement ou de l'incapacité du disposant.

Le doute alors ne semble pas permis, et il n'existe aucune raison déterminante pour écarter les art. 549 et 550. L'hypothèse rentre dans les termes formels du dernier de ces textes: l'acquéreur possède la chose comme propriétaire, en vertu d'un titre dont il ignore les vices, ce qui démontre l'existence de la bonne foi; aussi les objections soulevées sont-elles assez fragiles. L'article 550, dit-on, suppose une action en revendication et l'existence d'un titre apparent; or, l'hypothèse actuelle permet seulement l'exercice d'une action en nullité, d'une action personnelle, dont le succès ne laisse subsister aucun titre capable de soutenir la possession, puisque l'annulation prononcée entraîne la disparition même rétroactive de ce titre. L'argument n'a pas une grande valeur: l'action en nullité est bien une action personnelle, mais à laquelle se trouve jointe, comme complément implicite, une action en revendication; une fois la nullité prononcée et par le seul résultat de l'aliénation, le demandeur, considéré comme ayant toujours été propriétaire, se contente, en réalité, en concluant au délaissement de la chose, de mettre en œuvre son droit de propriété; il n'a plus besoin d'attendre, comme en droit romain, que le défendeur lui ait retransféré la propriété par un mode approprié; si, d'autre part, la disparition

(1) Toutes les remarques faites *infra* sur les vices d'un titre émanant du véritable propriétaire s'appliquent *a fortiori* à l'hypothèse de l'aliénation *a non domino*.

même rétroactive du titre résulte de l'annulation prononcée, cela ne doit s'entendre que des conséquences et des effets juridiques attachés à ce titre ; mais la rétroactivité, une fiction, n'exerce jamais son empire dans le domaine des faits ; or l'application de l'article 550 est une question de fait et se ramène au point de savoir si, en fait, la possession a été exercée en vertu d'un titre ; l'annulation juridique du contrat ne l'empêche pas d'avoir existé comme titre translatif de propriété et d'avoir ainsi soutenu la possession et la bonne foi de l'acquéreur jusqu'au jour où l'on a contraint ce dernier au délaissement de la chose. Ainsi devant un titre émané du véritable propriétaire on doit, lors du délaissement imposé au possesseur, rechercher si celui-ci a été ou non de bonne foi, pour l'application possible des art. 549 et 550 ; on verra d'ailleurs que la nullité fondée sur le dol ou sur la violence imputables à l'acquéreur est nécessairement exclusive de la bonne foi.

300. Le titre vicié par suite de lésion, contre lequel est ouverte dans certains cas une action en rescision, rentre aussi dans les prévisions de l'art. 550 ; il en est ainsi du partage rescindable. Au contraire, la vente n'est pas soumise aux prescriptions de ce texte, puisque les conséquences de la rescision à l'égard des fruits se trouvent réglées d'une façon spéciale par l'art. 1682 C. civ.

301. Dans l'hypothèse d'un titre entaché d'une nullité absolue, un élément essentiel manque à sa validité ; aussi a-t-on pu soutenir, avec plus de vraisemblance, que le titre insuffisant pour transférer la propriété et dénué de tout effet échappe aux conditions prévues par l'art. 550 pour assurer la conservation des fruits au possesseur de bonne foi. On ne pourrait plus, avec la même sûreté, reprendre le raisonnement développé plus haut et soutenir que, malgré sa nullité, le titre a eu cependant une existence effective ; radicalement nul, il n'a opéré aucun transfert, et il est inutile de recourir à une fiction pour décider que, même dans le passé, le possesseur n'a jamais été propriétaire en vertu de ce titre. Cependant il faut encore toute la subtilité d'un raisonnement juridique pour considérer comme inexistant un titre entaché d'une

nullité absolue; en fait, il y a bien encore quelque chose, une apparence au moins de titre, un titre vicié sans doute, affecté d'un vice très grave, mais suffisant tout de même d'après les termes de l'art. 550, qui n'établit aucune distinction basée sur la gravité des vices. D'ailleurs, rien n'empêche d'assimiler le titre entaché d'une nullité absolue à un titre putatif, et si l'on admet que le titre putatif équivaut au titre réel, on n'hésitera pas à étendre l'application de l'art. 550 au titre entaché d'une nullité absolue (1), soit qu'il s'agisse de l'absence d'une formalité exigée *ad solemnitatem*, par exemple d'une donation faite par acte sous seing privé, soit qu'il s'agisse d'une nullité de fond, par exemple de l'aliénation d'une chose mise hors du commerce.

302. De l'hypothèse d'une restitution imposée à la suite d'une action en nullité ou en rescision, on peut rapprocher celle de l'admission de l'action paulienne. L'assimilation se justifie sans peine, si l'on considère l'action paulienne comme une action en nullité proprement dite, comme une action révocatoire; mais le résultat serait le même si l'on croyait devoir assigner un autre caractère à l'action paulienne; en effet, dirigée contre un acquéreur de mauvaise foi, elle obligerait ce dernier à la restitution des fruits en vertu de l'art. 1382 à défaut de l'art. 549; l'acquéreur de bonne foi, à titre gratuit garderait au contraire les fruits, comme si l'art. 550 était applicable, l'action ayant alors pour fondement et pour limite la maxime d'équité, principe même de ce dernier texte : Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (2).

303. Si l'aliénation est résolue par l'effet d'une condition résolutoire expresse ou tacite, nos textes ne permettent plus de régler les droits respectifs des parties. L'acquéreur conservera toujours les produits de la chose, en vertu du droit d'administration et de jouissance que le titre lui avait conféré et que la résolution ne saurait effacer rétroactivement. Il n'y a plus à distinguer entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi ; ce sont des expressions sans

(1) Lyon, 29 nov. 1828, S. chr., D., 29. 2. 35.
(2) Aubry et Rau, II, § 206, p. 269.

valeur dans l'espèce ; le demandeur en résolution pourra seulement, le cas échéant, réclamer des dommages-intérêts (1).

304. Enfin le code a réglementé d'une façon spéciale, au point de vue de la restitution des fruits, certaines hypothèses, mises, par suite, en dehors des prévisions des art. 549 et 550 C. civ. ; il en est ainsi dans le cas de l'héritier soumis au rapport (art. 856 C. civ.), et dans celui où une donation est réduite pour atteinte à la réserve (art. 928 C. civ.), ou révoquée pour cause d'ingratitude (art. 958 C. civ.), de survenance d'enfant (art. 962 C. civ.).

305. 2° Il faut que le possesseur ignore *les vices* de son titre. Ce sont les termes mêmes de la loi et il en résulte que, s'il y a plusieurs vices, le possesseur doit les ignorer tous. Du moment qu'il en connaît un seul, il n'a pas la *justa opinio quæsiti dominii*.

Voici les principales applications pratiques de cette idée :

Le possesseur, ayant acquis *a non domino*, sera de bonne foi s'il a cru l'aliénateur propriétaire ; une stipulation de non garantie insérée dans l'acte ne suffirait pas à le faire considérer nécessairement comme étant de mauvaise foi (2). Si le vice du titre tient à l'incapacité du disposant, le possesseur sera de mauvaise foi dans le cas où il aura su qu'il traitait avec un mineur, un interdit, une femme mariée non autorisée ; de bonne foi, au contraire, s'il a ignoré la cause d'incapacité. On a soutenu que la connaissance de l'incapacité ne serait pas exclusive de la bonne foi, si la vente, ayant été passée dans l'intérêt bien entendu de l'incapable, le possesseur avait eu des motifs plausibles de croire à la confirmation ultérieure du contrat (3). L'exactitude de cette solution nous semble très douteuse ; le possesseur, connaissant les vices de son titre, ne saurait être de bonne foi dans le sens de l'art. 550 (4) ; il aura seulement, le cas échéant, la ressource de se

1. Aubry et Rau, II, § 206, p. 269.
2. Demolombe, IX, n. 603.
3. Aubry et Rau, II, § 206, p. 270.
4. Demolombe, IX, n. 604 ; Laurent, VI, n. 214. — Cpr. Bourges, 11 mars 1837, S., 38. 2. 75, D., 38. 2. 42.

retourner contre celui qui, en vertu d'une promesse de porte-fort, aurait pris l'engagement d'obtenir de l'incapable la confirmation de la vente ; on appliquera aussi la règle qui oblige à tenir compte du profit que l'incapable a pu retirer de l'aliénation (1).

306. Lorsqu'il s'agit d'une aliénation consentie au nom d'un incapable non propriétaire par son représentant, la confirmation intervenue avant l'exercice par le véritable propriétaire de l'action en revendication permettrait au possesseur d'invoquer sa bonne foi et de conserver ainsi les fruits par lui perçus non seulement depuis la confirmation, mais aussi ceux recueillis antérieurement, à raison de l'effet rétroactif de la confirmation ; désormais, en effet, il a juste motif de se croire propriétaire, de considérer comme légitime la perception des fruits et d'en dépenser librement la valeur.

307. Les mêmes solutions s'appliqueraient au cas où le consentement de l'aliénateur, propriétaire ou non, étant affecté de quelque vice, une confirmation ultérieure viendrait couvrir la nullité.

En fait le possesseur qui s'est procuré son titre par dol, ou à l'aide d'une violence par lui exercée n'est jamais de bonne foi ; car il ne peut ignorer le vice qu'il a lui-même fait naître (2).

308. Le possesseur serait encore de mauvaise foi, s'il connaissait les vices affectant le titre de son auteur, puisque ces vices auraient une répercussion nécessaire sur son propre titre d'acquisition.

309. On sait que le possesseur qui a acquis en vertu d'un titre nul en la forme, c'est-à-dire dépourvu des solennités requises, n'en est pas moins de bonne foi s'il a ignoré l'exigence de la solennité. De même celui qui a acquis une chose inaliénable reste de bonne foi, s'il ignorait la prohibition d'aliéner. La jurisprudence en a fait des applications fréquentes à l'aliénation de biens dotaux (3).

(1) Cass., 5 décembre 1826, S. chr., D., 27. 1. 81.

(2) Aubry et Rau, II, § 206, p. 270.

(3) Pour le cas de mauvaise foi de l'acquéreur, v. Cass., 25 avril 1842, S., 42. 1. 541, D., 42. 1. 233 ; 26 avril 1842, S., 42. 1. 541, D., 42. 1. 250 ; 3 avril 1845, S., 45.

310. Quand nos deux conditions seront réunies, le possesseur fera siens les fruits qu'il percevra. Ce sont seulement les fruits *perçus* qu'il est dispensé de restituer (art. 549).

D'ailleurs la loi ne distinguant pas, l'ignorance des vices de son titre profiterait au possesseur, aussi bien lorsqu'elle est basée sur une erreur de droit que lorsqu'elle est le résultat d'une erreur de fait (1). Je reçois un bien par donation, de quelqu'un qui n'en est pas propriétaire et que je crois tel ; l'ignorance où je suis du vice de mon titre est basée sur une erreur de fait. Au contraire je reçois un bien par donation de quelqu'un qui en est propriétaire ; mais la donation est faite par acte sous seing privé, nulle par conséquent (arg. art. 931) ; je crois que les donations faites en cette forme sont valables, et j'ai la persuasion que la propriété du bien m'est acquise : ma bonne foi est basée sur une erreur de droit. Dans l'un comme dans l'autre cas, j'aurai le droit de conserver les fruits par moi perçus jusqu'à la réclamation du propriétaire. C'est la solution admise par la cour de cassation, qui toutefois établit cette restriction que la bonne foi du possesseur ne peut pas lui profiter, lorsque le vice de son titre consiste dans une infraction à une loi d'ordre public (2).

La jurisprudence n'a pas adopté cette solution sans manifester quelque hésitation (3). Du reste les motifs invoqués sont loin d'avoir une valeur décisive : la question de l'acquisition serait dominée par un principe supérieur et l'on se mettrait, indirectement au moins, en opposition avec la prohibition de la loi, si l'on attachait un avantage quelconque à un titre

1. 423 ; Rouen, 13 mars 1854, S., 55. 2. 261. — Bordeaux, 23 mars 1865, S., 65. 2. 331. — Caen, 30 avril 1849, S., 52. 2. 177, D., 52. 2. 194. — Pour le cas de bonne foi de l'acquéreur, v. Pau, 27 juin 1867, S., 69, 2. 69. D., 68. 2. 237. — Cass., 2 juill. 1827, S. chr., D., 27. 1. 289 ; 12 mai 1840, S., 40. 1. 668, D., 40. 1. 225.

(1) Toulouse, 27 mai 1878, S., 80. 2. 5. — Aubry et Rau, II, § 206, p. 271 ; Demolombe, IX, n. 608 ; Laurent, VI, n. 218. — Cpr. Bourges, 28 novembre 1832, S., 33. 2. 38.

(2) Cass., 11 janvier 1887, S., 87. 1. 225, D., 88. 5. 268. — Cass., 19 décembre 1864, S., 65. 1. 18, D., 65. 1. 116 ; 5 mai 1879, S., 79. 1. 313, D., 80. 1. 145. — Aubry et Rau, II, § 216, p. 271 ; Laurent, VI, n. 229. Le motif invoqué, assez plausible, est qu'en pareille hypothèse nul ne peut ignorer le vice.

(3) V. Toulouse, 27 mai 1878, précité. — Rennes, 19 mai 1849, S., 50. 2. 609.

affecté d'une nullité d'ordre public ; telle est la raison d'ordinaire invoquée ; mais l'annulation de la vente, de l'aliénation consentie, assure le respect de la loi et l'on ne favorise en aucune façon la violation des prohibitions légales en laissant les fruits au possesseur, puisqu'on exige sa bonne foi, c'est-à-dire la preuve qu'il n'a pas voulu acquérir au mépris de la défense formelle de la loi.

311. Conformément à la règle que tout plaideur doit prouver en justice l'existence des conditions nécessaires au succès de sa prétention, le possesseur, qui réclame le bénéfice de l'art. 549, doit établir l'existence à son profit d'un juste titre. Doit-il prouver aussi qu'il ignorait les vices de ce titre ? Les auteurs résolvent la question négativement, et c'est aussi la solution admise par la cour de cassation. On dit en ce sens que, dans le doute, la bonne foi du possesseur doit être présumée, et on invoque à l'appui de cette assertion un argument *a fortiori,* tiré de l'art. 2268, aux termes duquel : « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». *Adde* arg. art. 1116 *in fine*. On ajoute toutefois cette restriction, assez mal définie, que la bonne foi se présume moins facilement quand elle est basée sur une erreur de droit que lorsqu'elle est basée sur une erreur de fait ; il appartiendrait même au possesseur d'établir l'erreur de droit (1). Par suite d'une autre restriction, dans l'hypothèse du titre putatif, le possesseur aurait encore à faire la preuve de sa bonne foi, puisque celle-ci consiste dans la croyance erronée en un titre qui n'existe pas (2). Mais, en étendant la présomption écrite en l'art. 2268 au cas qui nous occupe, ne viole-t-on pas cette règle que les présomptions légales sont de droit étroit, et qu'elles doivent, à ce titre, être sévèrement restreintes au cas précis en vue duquel elles ont été écrites ? D'ailleurs, si la présomption est applicable, elle doit l'être tout-à-fait. Alors pourquoi la restriction relative au cas où la bonne foi est basée sur une erreur de droit ? Nous concluons que le réclamant doit prouver sa bonne foi.

(1) Aubry et Rau, II, § 206, p. 273 ; Demolombe, IX, n. 615.
(2) Aubry et Rau, II, § 206, p. 272.

Il la prouvera conformément aux règles du droit commun, en ayant recours à la preuve testimoniale, ou même à la preuve par présomption.

C'est là, du reste, une question de fait que les juges du fond apprécient souverainement suivant les circonstances particulières de la cause, et en tenant compte de la condition personnelle du possesseur, considération intéressante pour l'erreur de droit (1).

312. La jurisprudence, après avoir admis en faveur du possesseur une présomption de bonne foi, en conclut que la décision condamnant le possesseur à la restitution des fruits doit constater en termes formels l'existence de la mauvaise foi; la cour suprême a cassé pour insuffisance de motifs des arrêts qui avaient seulement déclaré que le possesseur avait *indûment* perçu les fruits (2); cependant l'expression « mauvaise foi » n'est pas sacramentelle et l'arrêt contient des motifs suffisants lorsqu'il ordonne la restitution des fruits en déclarant que le possesseur s'est emparé du bien d'autrui, par abus, sans droit, ni qualité (3). Ces solutions se justifieraient aussi bien dans le système qui oblige le possesseur à prouver sa bonne foi.

313. La loi paraissant ne considérer le juste titre que comme un des éléments de la bonne foi, on admet généralement que le titre *putatif* équivaut au titre réel. Le titre *putatif* est celui qui n'existe que dans l'opinion du possesseur : il croit à l'existence d'un titre qui en réalité n'existe pas. Cette solution consacrée par la jurisprudence (4) a pu paraître à certains auteurs contraire au texte de l'art. 550, dont les termes semblent exiger un titre réel (5); mais, lorsque l'on compare la rédaction de ce texte avec celle de l'art. 2265 C. civ., on est conduit à reconnaître que, pour l'acquisition

(1) Cass., 22 mars 1823, S., 25. 1. 79; 13 déc. 1830, S., 31. 2. 24. — Aubry et Rau, II, § 206, p. 271.

(2) Cass., 24 juil. 1839, S., 39. 1. 653, D., 39. 1. 294; 12 mai 1840, S., 40. 1. 668, D., 40. 1. 225; 7 janv. 1861, S., 64. 1. 432, D., 61. 1. 384.

(3) Cass., 20 janv. 1835, S., 35. 1. 363, D., 35. 1. 49; 24 janv. 1842, S., 42. 1. 257.

(4) Cass., 18 août 1830, S. chr., D., 30. 1. 334. — Paris, 10 janv. 1863, S., 63. 2. 17, D., 63. 2. 110. — Aubry et Rau, II, § 206, p. 272.

(5) Laurent, VI, n. 209.

des fruits, le juste titre n'est pas considéré comme un élément distinct de la bonne foi; d'ailleurs, le mot « vice » a un sens assez large pour s'appliquer même à l'inexistence du titre et le respect de l'art. 550 est encore assuré en ce sens que le possesseur, tenu d'établir sa croyance à l'existence d'un titre translatif de propriété, sans pouvoir se contenter d'affirmer qu'il pensait être propriétaire, devra indiquer en vertu de quel titre il se croyait légitimement investi de la propriété, afin de prouver qu'à cet égard son erreur était plausible. C'est en ce sens seulement qu'il convient de modifier la formule inscrite plus haut (1), sans lui donner une extension exagérée, sans aboutir à cette conclusion trop large que le possesseur est de bonne foi par le seul fait qu'il s'est cru propriétaire (2).

Comme exemple de titre putatif, on pourrait, en se ralliant à la théorie des contrats inexistants, citer le titre dépourvu d'une condition essentielle à sa validité, la donation faite sous signatures privées. Mais il vaut mieux signaler les hypothèses typiques; ainsi, lorsqu'une personne possède au delà de son titre, elle peut de bonne foi croire que l'aliénation comprenait toutes les choses devenues l'objet effectif de la possession; l'acquéreur, l'héritier, possesseurs d'immeubles qu'ils supposent compris dans la vente ou dans la succession, ne possèdent ces biens qu'en vertu d'un titre putatif, mais ils sont néanmoins de bonne foi, aux termes de l'art. 550 (3). Un autre exemple classique se réfère à l'héritier ou au légataire apparent; ainsi j'ai pris possession d'un bien comme héritier d'une personne décédée, à la succession de laquelle je me croyais appelé comme plus proche parent, alors qu'il existait un parent d'un degré plus rapproché, qui vient aujourd'hui réclamer la succession; ou bien encore c'est un légataire institué par un testament faux ou révoqué, et entré en possession des biens légués dans l'ignorance du faux ou de la révocation (4).

(1) V. *supra*, n. 293.

(2) Demolombe, IX, n. 605; cette formule trop élargie se trouve dans un certain nombre d'arrêts.

(3) Cass., 8 fév. 1837, S., 37. 1. 729.

(4) Cass., 22 janv. 1852, S., 52. 1. 102, D., 52. 1. 156; 9 nov. 1831, S., 32. 1. 5,

314. Et toutefois, pour que le titre putatif puisse être considéré comme équivalant au titre réel, il est nécessaire que l'erreur du possesseur soit excusable ; elle ne le serait pas, s'il venait dire, par exemple, qu'il croit avoir acheté le bien qu'il possède, tandis qu'en réalité il ne l'a pas acheté, et, d'une manière générale, toutes les fois qu'il prétendrait s'être trompé sur son fait personnel ; lorsque l'erreur porte sur le fait d'autrui, l'erreur est au contraire admissible, comme celle du mandant qui croit à l'acquisition effective de la chose que le mandataire avait mission d'acheter.

Les juges apprécieront encore ici, en fait, l'existence de la bonne foi, l'excusabilité de l'erreur invoquée (1).

315. Tous les auteurs sont d'accord avec la jurisprudence pour obliger ici le possesseur à faire la preuve de sa bonne foi, c'est-à-dire de sa croyance erronée en l'existence d'un titre valable, translatif de propriété (2).

2° Conséquences de l'attribution des fruits au possesseur de bonne foi.

316. Dans la persuasion où il était que la propriété de la chose lui appartenait, le possesseur de bonne foi a probablement consommé les fruits par lui perçus ; car ils font partie du revenu et ordinairement on dépense son revenu. L'obligation de restituer ces fruits au véritable propriétaire, dont les droits sont aujourd'hui reconnus, surtout quand elle s'applique à un grand nombre d'années de jouissance, aurait souvent entraîné la ruine du possesseur. Il est vrai qu'en attribuant les fruits à celui-ci, on va infliger une perte au propriétaire ; mais entre lui et le possesseur, la loi ne devait pas hésiter. Celui-ci a été victime d'une erreur presque invincible ; sa situation est bien plus intéressante que celle du propriétaire, qui a fait preuve d'une négligence impardonnable en restant pendant de longues années sans réclamer son bien, et a ainsi fortifié le possesseur dans sa conviction que la chose lui appartenait.

D., 32. 1. 50 ; 18 août 1830, précité. — Colmar, 18 janv. 1850, S., 51. 2. 533, D., 51. 2. 533. — Limoges, 27 déc. 1833, S., 34. 2. 543, D., 36. 2. 105.

(1) Cpr. *Tr. de la prescr.*, sur l'exigence cumulative du juste titre et de la bonne foi, p. 689.

(2) Aubry et Rau, II, § 206, p. 272.

Ce motif pourrait porter à penser que les seuls fruits dont le possesseur de bonne foi soit dispensé de rendre compte au propriétaire sont ceux qu'il a consommés ; car on ne peut pas craindre de le ruiner en l'obligeant à restituer des fruits qu'il a mis en réserve. Telle était en effet la solution du droit romain : « *De fructibus* CONSUMPTIS *ageri non potest* », dit Justinien en parlant du propriétaire revendiquant (*Inst. Just.*, liv. II, tit. I, § 35). Mais le code civil n'a pas reproduit cette restriction que notre ancien droit avait déjà écartée. Elle donnait lieu, dans la pratique, à des difficultés graves: comment savoir en effet si le possesseur a ou non consommé les fruits par lui perçus ? La loi présume, parce que les choses se passent ordinairement ainsi, que le possesseur consomme les fruits au fur et à mesure qu'il les perçoit, et, sur le fondement de cette présomption, elle le dispense de toute restitution.

317. L'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, loin d'avoir pour cause le droit d'accession, apparaît plutôt comme un échec à la règle *accessorium sequitur principale ;* elle dérive uniquement d'une prescription spéciale de la loi; c'est un mode d'acquisition *ex lege.*

318. Le motif d'équité qui sert de fondement aux art. 549 et 550 permet d'étendre le bénéfice de leurs dispositions au possesseur de bonne foi d'une universalité juridique. En d'autres termes, dans la pétition d'hérédité, la restitution des fruits imposée à l'héritier apparent se règle, comme dans l'action en revendication, par les principes de l'art. 550 ; on n'applique plus aujourd'hui, comme on le faisait en droit romain, des règles différentes pour ces deux hypothèses, et la maxime *fructus augent hereditatem* n'est plus opposable au possesseur de bonne foi d'une hérédité.

319. C'est par la perception que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens. Cette règle s'applique sans difficulté aux fruits naturels et aux fruits industriels ; car elle n'est, en ce qui les concerne, que l'application du droit commun (cpr. art. 585). S'applique-t-elle aussi aux fruits civils ? La négative est adoptée par un grand nombre d'auteurs, qui pensent qu'il y aurait lieu de suivre ici la règle établie en l'art. 586,

d'après laquelle les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour. Voilà, dit-on, le droit commun quant aux fruits civils; dans le silence de la loi, il faut l'appliquer. Le possesseur de bonne foi aurait donc droit à une part des fruits civils exactement proportionnelle à la durée de sa jouissance : ce qui lui permettrait de réclamer, dans certains cas, des fruits qu'il n'a pas encore perçus au moment de l'action en revendication.

Même en admettant, ce qui est contestable à raison de la place qu'il occupe (titre *De l'usufruit*), que l'art. 586 formule une règle de droit commun relativement aux fruits civils, le législateur n'a-t-il pas manifesté très clairement l'intention de déroger à cette règle en ce qui concerne le possesseur de bonne foi? Cette intention ne résulte-t-elle pas : 1° de l'art. 138, qui, faisant une application particulière du principe contenu dans les art. 549 et 550, dit que « ceux qui auront » recueilli la succession gagneront les fruits par eux *perçus* » de bonne foi »; de l'art. 549, *in fine*, qui, opposant le possesseur de mauvaise foi au possesseur de bonne foi, dispose que le premier « est tenu de *rendre* les produits avec la chose au » propriétaire qui la revendique » : ce qui donne très clairement à entendre que le privilège accordé au possesseur de bonne foi consiste dans une dispense de *restitution* et ne s'applique par conséquent qu'à des fruits perçus; 3° enfin de ce que le motif sur lequel se fonde la disposition de l'art. 549 est applicable ici : comment en effet pourrait-on craindre de ruiner le possesseur en le privant du droit de réclamer des fruits qu'il n'a pas encore perçus (1)? Tel serait notre sentiment. La jurisprudence et la doctrine sont divisées sur la question (2).

(1) On peut remarquer toutefois avec beaucoup de vraisemblance que le possesseur calcule sa dépense en tenant compte des fruits civils et des prévisions de leur échéance; assez souvent la dépense a été engagée sous la condition du paiement reculé à l'époque de la perception des fruits civils; mais la remarque serait également vraie par rapport aux fruits naturels et l'argument qu'on en voudrait tirer conduirait certainement à des conclusions excessives.

(2) V. dans le sens de l'opinion émise au texte Aubry et Rau, II, § 206, p. 277, note 29; Demolombe, IX, n. 627 et 628. — Cass., 30 juin 1840, S., 40. 1. 884. — Caen, 26 fév. 1847, S., 48. 2. 213. — En sens contraire Domat, *Lois civiles*, L. III,

Si les fruits civils doivent être perçus, pour appartenir au possesseur de bonne foi, on considère la perception comme réalisée lorsque ces fruits ont été cédés à un tiers ou bien lorsque, après l'échéance, les débiteurs ont reconnu en être redevables au possesseur (1).

320. Un seconde condition limite l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi ; ce dernier, en effet, n'acquiert les fruits naturels ou civils que pendant la durée de sa possession : ainsi, il n'a pas droit aux fruits civils antérieurement échus et il ne pourrait conserver ceux qu'il aurait reçus par une perception anticipée sur l'époque où doit cesser la possession. Cette vérité élémentaire soulève quelque difficulté dans l'hypothèse d'une succession : l'héritier apparent, malgré le succès de la pétition d'hérédité, conserve tous les fruits que les biens ont donnés depuis le jour de l'ouverture de la succession, alors même que sa prise de possession effective aurait eu lieu à une date postérieure ; cette solution, contraire à la règle, s'expliquerait par l'effet rétroactif attaché à l'acceptation : l'héritier apparent est censé avoir possédé depuis l'ouverture de la succession ; ou, si l'on veut, la personne chargée de l'administration de la succession a possédé pour lui et perçu les fruits pour son compte (2). Cependant un doute subsiste dans l'esprit : la possession doit être effective et la fiction de rétroactivité n'a pas d'empire sur les faits de possession ; l'administrateur de la succession, d'autre part, doit recueillir et percevoir les fruits pour le compte de l'héritier valable et non dans l'intérêt de celui qui, pendant une période transitoire, sera l'héritier apparent.

321. Ce sont seulement les *fruits* que l'art. 549 attribue au possesseur de bonne foi. Et, comme cette disposition, qui est toute de faveur, ne doit pas, par cela même, recevoir une interprétation extensive, il faut en conclure que le possesseur

tit. V, sect. 3, n. 8 ; Laurent, VI, n. 206. — Orléans, 11 janv. 1840, D. *Rép.*, v° *Propriété*, n. 365-3°. — Trib. de paix de Dalhem, 10 mai 1881, S., 83. 4. 24. — Cpr. Cass., 8 janv. 1816, S. chr.

(1) Aubry et Rau, II, § 206, p. 278 ; Demolombe, IX, n. 628.

(2) Aubry et Rau, II, § 206, p. 276, note 28. — Cass., 7 juin 1837, S., 37. 1. 581, D., 37. 1. 363. — Paris, 13 avril 1848, S., 48. 2. 213. — *Contra* Demolombe, IX, n. 629.

de bonne foi ne serait pas dispensé de restituer au propriétaire des produits *non-fruits* qu'il aurait perçus, par exemple le produit de la coupe d'une haute futaie non aménagée. Cette induction est fortifiée par la partie finale de l'art. 549, qui oblige le possesseur de mauvaise foi à restituer les *produits*, avec la chose. Il est difficile de ne pas voir dans ce texte une opposition, faite à dessein, entre les *produits*, que le possesseur de mauvaise foi doit restituer, et les *fruits*, que le possesseur de bonne foi a le droit de garder : le possesseur de mauvaise foi restituera avec la chose tous les *produits* qu'il en a retirés ; le possesseur de bonne foi sera dispensé de restituer, non pas tous les produits qu'il a perçus, mais seulement ceux de ces produits qui ont le caractère de *fruits*. Telle était d'ailleurs la solution admise dans notre ancien droit, et elle est en harmonie avec les motifs sur lesquels se fonde la faveur attribuée au possesseur de bonne foi ; car, s'il est naturel de supposer qu'il a consommé les fruits par lui perçus, cette présomption n'aurait plus sa raison d'être en ce qui concerne les produits non-fruits qu'on met ordinairement en réserve en vue des éventualités de l'avenir (1).

Pour établir la distinction entre les *fruits* et les *produits*, il suffit de se reporter aux indications qui seront données ultérieurement dans le titre de l'usufruit (2).

3° *Jusqu'à quelle époque le possesseur de bonne foi fait les fruits siens.*

322. L'effet ne peut survivre à la cause. Donc à partir du moment où le possesseur cessera d'être de bonne foi, il ne gagnera plus les fruits par lui perçus. Aux termes de l'art. 550 al 2, le possesseur cesse d'être de bonne foi du moment où les vices de son titre lui sont connus. Il suffirait même qu'il en connût un, s'il y en a plusieurs.

La cessation de la bonne foi résulte de toute circonstance, quelle qu'en soit l'origine, propre à révéler au possesseur le vice de son titre. On ne doit plus exiger, comme l'avait fait

(1) Aubry et Rau, III, § 206, p. 278 ; Demolombe, IX, n. 622 ; Laurent, VI, n. 265. — *Contra* Marcadé, sur l'art. 549, n. 2.

(2) V. *infra*, n. 417.

l'ordonnance de Villers-Cotterets (1) une « demande libellée » ; la bonne foi peut disparaître après une citation en conciliation, ou à la suite d'une sommation extra-judiciaire, comme aussi elle peut subsister malgré ces actes et même après une demande en justice (2). Comme il s'agit encore d'une question de fait, le juge déterminera le moment précis où le possesseur a connu les vices de son titre (3).

323. La bonne foi du possesseur doit être appréciée exclusivement par rapport à lui et non par rapport à son auteur. Ainsi un possesseur de mauvaise foi meurt, laissant un héritier qui ignore personnellement les vices du titre et qui, par conséquent, est de bonne foi. Celui-ci gagnera les fruits qu'il percevra. On objecterait inutilement que, le possesseur de mauvaise foi étant comptable envers le propriétaire de tous les fruits perçus ou à percevoir, son héritier doit être tenu de la même obligation. Il faut répondre que l'obligation du possesseur de mauvaise foi ne saurait dépasser la durée de sa propre possession ; par conséquent son héritier ne peut être tenu *en cette qualité* que de la restitution des fruits perçus durant cette possession, mais non de ceux qu'il a perçus personnellement (4).

En sens inverse, comme il a été dit, l'acquéreur à titre particulier est de mauvaise foi, lorsqu'il connaît les vices dont se trouve entaché le titre de son auteur, quelle que soit par ailleurs la bonne foi de ce dernier.

(1) V. Ord. de 1539, art. 94. — Pothier, *De la propriété*, n. 342.

(2) V. *infra*, n. 324.

(3) Aubry et Rau, II, § 206, p. 275 ; Demolombe, IX, n. 630. — Cass., 23 déc. 1840, S., 41. 1. 136.

(4) La question toutefois est controversée. — V. dans le sens de l'opinion émise au texte Aubry et Rau, II, § 206, p. 273, note 20 ; Demolombe, IX, n. 614 ; Laurent, VI, n. 221. — Cass., 24 mai 1848, S., 49. 1. 125, D., 48. 1. 200. — Orléans, 11 janv. 1849, S., 49. 2. 139, D., 49. 2. 172. — Dijon, 12 août 1874, S., 74. 2. 289, D., 76. 2. 92. — En sens contraire Pothier, *De la propriété*, n. 332 et 336 ; Domat, *Lois civiles*, 1re partie, L. III, tit. V, n. 14 ; Delvincourt, II, p. 3 ; Proudhon, *Domaine privé*, II, n. 551. — Cass., 10 juin 1857, S., 58. 1. 59. — Caen, 25 juillet 1826, S. chr. On cite assez souvent comme contraires d'autres arrêts plus récents. — Cass., 8 juin 1864, S., 64. 1. 388, D., 64. 1. 273 ; 17 mai 1865, S., 65. 1. 250, D., 65. 1. 273. — Paris, 8 déc. 1868, S., 69. 2. 182, mais ces décisions, comme celle du 10 juin 1857, du reste, se refèrent à l'inexécution des contre-lettres en matière de cession d'offices ministériels, c'est-à-dire à une hypothèse où la nullité étant d'ordre public ne permet pas l'application de l'art. 550. — V. *supra*, n. 310.

324. Quand le propriétaire obtient gain de cause dans une action en revendication intentée contre un possesseur de bonne foi, celui-ci doit être condamné à la restitution de tous les fruits par lui perçus postérieurement à la demande. Ce n'est pas, comme on le dit souvent (1), parce que le possesseur doit être considéré comme étant de mauvaise foi à dater du jour où la demande du propriétaire lui a ouvert les yeux sur les vices de son titre, car il arrivera quelquefois que la confiance du possesseur dans la solidité de son titre ne sera nullement ébranlée par une action qu'il peut croire mal fondée et que, par suite, sa bonne foi persistera pendant toute la durée de l'instance. Le véritable motif de la solution est dans ce principe que le juge doit, quand il rend sa sentence, se rapporter à l'état de choses existant au moment de la demande, et placer les parties dans la situation où elles se seraient trouvées respectivement s'il avait pu statuer immédiatement, car les plaideurs ne doivent pas souffrir des lenteurs de la justice qui ne leur sont pas imputables (2).

En conséquence, et par application prolongée de la même règle, les fruits doivent être restitués à partir du jour de la demande, soit dans l'hypothèse où une décision première favorable au possesseur a été modifiée par l'exercice d'une voie de recours, appel ou opposition, soit même dans le cas où la décision serait réformée sur renvoi après cassation ou à la suite d'une requête civile (3), soit encore dans le cas d'une instance poursuivie contre des héritiers après avoir été engagée contre le *de cujus* (4). Après une demande suivie de désistement ou tombée en péremption, les fruits, d'après la règle précédente, ne doivent être restitués qu'à partir de la demande

(1) Cass., 11 janv. 1887, S., 87. 1. 225, D., 88. 5. 268.

(2) En ce sens Cass., 2 avril 1878, S., 79. 1. 261 et 4 juillet 1882, S., 83. 1. 105, D., 82. 1. 353. — Aubry et Rau, II, § 206, p. 275; Demolombe, IX, n. 632; Laurent, VI, n. 222.

(3) Aubry et Rau, II, § 206, p. 276. — Cass., 3 juin 1839, S., 39. 1. 477. — V. cep. Paris, 18 juillet 1835, S., 35. 2. 403. — D'après M. Demolombe, IX, n. 634, il conviendrait d'admettre une exception dans le cas où la décision rendue au profit du possesseur aurait été rétractée sur requête civile pour toute autre cause que le dol du défendeur; mais l'effet rétroactif qui s'attache à la requête civile s'oppose à cette solution.

(4) Cass., 25 juillet 1826, D., 28. 2. 151.

renouvelée, à moins que la première n'ait révélé au possesseur les vices de son titre (1).

Si l'instance a été engagée d'abord au possessoire, puis au pétitoire, le possesseur qui a obtenu gain de cause ne sera pas tenu de restituer les fruits à partir du jour où l'action possessoire a été introduite, mais seulement à partir de la demande au pétitoire, lorsqu'en fait on n'aura pas établi que l'action possessoire a mis fin à la bonne foi (2).

325. L'acquisition des fruits n'est pas le seul avantage que procure au possesseur sa bonne foi appuyée sur un juste titre; elle lui facilite en outre l'acquisition de la propriété par la prescription. Ordinairement la prescription ne s'accomplit qu'au bout de trente années de possession (art. 2262). Elle s'accomplira en faveur du possesseur, qui a juste titre et bonne foi, au bout de dix à vingt ans s'il s'agit d'un immeuble (art. 2265) et instantanément s'il s'agit d'un objet mobilier corporel, car alors il pourra opposer à tout revendiquant la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279).

326. Il y a des différences importantes à signaler entre la bonne foi requise pour l'acquisition des fruits et celle requise pour l'acquisition de la propriété des immeubles par la prescription de dix à vingt ans.

1° Pour la prescription de dix à vingt ans, la bonne foi du possesseur n'est exigée qu'au moment de l'acquisition (art. 2269); il importera donc peu que la bonne foi cesse pendant le cours de la prescription. *Mala fides superveniens usucapionem non impedit.* Au contraire, le possesseur qui cesse d'être de bonne foi cesse de faire les fruits siens. En d'autres termes, la cessation de la bonne foi du possesseur lui fait perdre le bénéfice de l'art. 549, mais non celui de l'art. 2265. La raison de cette différence est, disent MM. Aubry et Rau, que « la prescription acquisitive repose sur la possession, c'est-à-dire sur un état de choses permanent, dont le caractère se détermine en général d'une manière invariable, d'après

(1) Aubry et Rau, II, § 206, p. 276; Demolombe, IX, n. 636; Laurent, VI, n. 224.
(2) Laurent, VI, n. 223.

les circonstances qui en ont accompagné l'origine. L'acquisition des fruits repose au contraire sur une perception opérée de bonne foi. Or, chaque acte de perception constituant un fait isolé dont le caractère est indépendant de celui des perceptions antérieures, il s'ensuit que le possesseur ne saurait, pour se dispenser de la restitution des fruits qu'il a perçus depuis la survenance de sa mauvaise foi, se prévaloir de sa bonne foi originaire » (1).

Et toutefois le possesseur, qui a prescrit par dix à vingt ans la propriété d'un immeuble, sera dispensé de la restitution de tous les fruits, même de ceux qu'il a perçus postérieurement à la cessation de sa bonne foi, car ces fruits sont une dépendance de l'immeuble et ne peuvent appartenir qu'à son propriétaire. C'est d'ailleurs ce que donne à entendre l'art. 549, qui parle de la restitution des fruits au *propriétaire revendiquant* et suppose ainsi évidemment un propriétaire qui triomphe dans son action en revendication.

2° Aux termes de l'art. 2267 : « Le titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans ». Au contraire, un semblable titre pourrait servir de base à l'acquisition des fruits, car l'art. 550 parle d'un titre dont le possesseur ignore les vices, sans distinguer s'il s'agit d'un vice de forme ou de tout autre.

3° L'héritier d'un possesseur de mauvaise foi fait les fruits siens, s'il ignore les vices du titre en vertu duquel son auteur possédait (2). Au contraire, l'héritier d'un possesseur de mauvaise foi, fût-il personnellement de bonne foi, ne pourra pas prescrire par dix à vingt ans; car on ne considère ici que l'origine de la possession (art. 2269), et la possession était vicieuse, on le suppose, à cette époque.

B. *Possesseur de mauvaise foi.*

327. Le possesseur de mauvaise foi est celui qui possède sans titre, celui qui, interrogé sur la cause de sa possession, répondra : *possideo quia possideo,* ou celui qui possède en vertu d'un titre dont il connaît les vices.

(1) Aubry et Rau, II, § 296, p. 274, note 22.
(2) V. *supra*, n. 323.

Ainsi la communauté religieuse, entrée en possession de biens compris dans une donation ou dans un legs, sans autorisation préalable, doit être considérée comme un possesseur de mauvaise foi [1]; il en est de même de la communauté appelée à bénéficier d'une disposition à titre gratuit au moyen d'un acte simulé ou par suite d'une interposition de personne [2].

La loi place le possesseur de mauvaise foi dans une situation moins favorable que le possesseur de bonne foi, soit au point de vue de la prescription, soit au point de vue de l'acquisition des fruits.

Au point de vue de la prescription. Le possesseur de mauvaise foi ne prescrira jamais que par trente ans, tandis que le possesseur de bonne foi peut prescrire par dix à vingt ans s'il s'agit d'un immeuble, et même instantanément s'il s'agit d'un objet mobilier corporel.

Au point de vue de l'acquisition des fruits. Le possesseur de mauvaise foi ne fait pas les fruits siens. Il doit, dit l'art. 549, restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique. La restitution comprend non seulement les fruits proprement dits, mais aussi tous les émoluments de l'immeuble sans distinction.

On décide même qu'il doit restituer, non seulement les fruits qu'il a perçus, mais aussi ceux qu'il a négligé de percevoir [3], c'est-à-dire tous ceux que le propriétaire aurait perçus, si l'indue possession ne l'en avait empêché. Les juges du fait apprécient souverainement la valeur des fruits que le propriétaire aurait pu percevoir [4]. Ainsi le possesseur de mauvaise foi doit tenir compte au propriétaire des fruits perçus de bonne ou de mauvaise foi par les tiers détenteurs auxquels il aurait transmis la chose usurpée [5]. Il doit même les intérêts des fruits du jour de la demande, conformément

[1] Cass., 5 mai 1879, S., 79. 1. 313, D., 80. 1. 145.

[2] Cass., 19 décembre 1865, D., 65. 1. 116 et sur renvoi, Rouen, 24 mai 1865, D., 65. 2. 146. — Laurent, VI, n. 229.

[3] Cass., 2 avril 1878, S., 79. 1. 261.

[4] Demolombe, IX, n. 380; Laurent, VI, n. 230.

[5] Cass., 9 fév. 1864, S., 64. 1. 137, D., 64. 1. 72.

à l'art. 1153 C. civ., et il peut être condamné à payer des intérêts à partir d'une époque antérieure, à titre de dommages-intérêts (1). Mais on ne doit pas imposer au possesseur de mauvaise foi la restitution des fruits qui résultent de son industrie personnelle (2).

Bien entendu, le propriétaire n'a droit à la restitution des fruits perçus par le possesseur de mauvaise foi que déduction faite des sommes qu'a dû dépenser celui-ci pour obtenir ces fruits (frais de labour, travaux et semences), et aussi déduction faite des charges de ces fruits qui ont été acquittées par le possesseur, telles que les contributions et les réparations d'entretien (3) : *Non sunt fructus nisi deductis impensis.* Autrement, le propriétaire s'enrichit aux dépens du possesseur.

328. L'obligation de restituer les fruits cesse pour le possesseur de mauvaise foi, lorsqu'il a acquis la propriété de la chose par la prescription trentenaire ; le possesseur devenu propriétaire conserve les fruits perçus même pendant la période de l'indue possession (4). Mais lorsque la restitution des fruits est due, le possesseur ne peut se prévaloir de la prescription de cinq ans établie par l'art. 2277 ; il doit rendre les fruits perçus pendant toute la durée de la possession (5).

En ce qui concerne le mode de restitution des fruits, il faut se référer à l'art. 129 du C. de pr. civ.

CHAPITRE III

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI S'UNIT ET S'INCORPORE A LA CHOSE

329. « *Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appar-* » *tient au propriétaire, suivant les règles qui seront ci-après* » *établies* » (art. 551).

(1) Cass., 9 fév. 1864, précité.

(2) Agen, 27 mars 1843, S., 43. 2. 511, D., 44. 2. 6. — Pau, 29 juill. 1868, S., 69. 2. 69, D., 68. 2. 239. — Demolombe, IX, n. 587.

(3) Agen, 27 mars 1843, précité, et Cass., 5 mai 1879, précité.

(4) Laurent, VI, n. 233.

(5) Cass., 13 déc. 1830, S., 31. 1. 24, D., 31. 1. 8. — Bordeaux, 21 mars 1856, S., 57. 2. 173.

Suivent deux sections, dans lesquelles le législateur envisage successivement le droit d'accession quant aux immeubles et quant aux choses mobilières.

SECTION PREMIÈRE

DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSES IMMOBILIÈRES

330. Division de la matière. — En ce qui concerne les immeubles, le principe de l'accession présente trois applications principales : la première est relative aux plantations, constructions et autres ouvrages qui peuvent être faits sur le sol ou dans son intérieur (art. 552 à 555) ; la deuxième concerne les accroissements qui peuvent résulter pour un fonds de terre du voisinage d'un cours d'eau (art. 556 à 563) ; enfin la troisième a lieu relativement à certains animaux sauvages qui, en se fixant sur le fonds, en deviennent l'accessoire (art. 564). Dans le premier cas, l'accession, étant le fruit du travail de l'homme, de son industrie, est dite *industrielle* ou, suivant l'expression de l'art. 546, *artificielle ;* dans les deux derniers, elle est dite *naturelle,* parce qu'elle est l'œuvre de la nature. L'énumération des hypothèses où se produit l'accession, réglementées par les art. 552 et suivants n'est pas limitative. Les autres cas, non prévus par la loi, sont également soumis au principe général de l'art. 551 (civ.). La jurisprudence en a fait une application curieuse : l'aérolithe, tombé du ciel, et enfoncé dans un champ, est devenu l'accessoire du sol dans lequel il s'est incorporé ; il appartient, par voie d'accession, au propriétaire du champ, et non à celui qui l'a découvert (1).

§ I. *De l'accession résultant des plantations, constructions, et autres ouvrages.*

A. *Principe.*

1° *Propriété du dessus et du dessous.*

331. Aux termes de l'art. 552 al. 1 : « *La propriété du sol*

(1) Trib. civ. Aix, 17 janv. 1898, D., 98. 2. 507.

» *emporte la propriété du dessus et du dessous* ». *Cujus est solum, hujus est usque ad cœlum et usque ad inferos,* disaient nos anciens. C'est le fil à plomb qui détermine les limites du domaine aérien et du domaine souterrain du propriétaire d'un fonds de terre. L'empiètement commis, si minime qu'il soit, devrait disparaître; le juge ne pourrait se contenter d'accorder une indemnité; ainsi, lorsque le copropriétaire d'un mur mitoyen a fait exhausser le mur de telle sorte que l'exhaussement surplombe en certains points sur la propriété du voisin, celui-ci est en droit d'exiger la suppression de toutes les parties qui empiètent sur l'espace situé au-dessus du sol (1).

La présomption d'après laquelle la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous n'est qu'une présomption simple, *juris tantum,* susceptible de s'effacer devant la preuve contraire résultant d'un titre ou de la prescription (2). Ainsi le sol, le tréfonds et le dessus peuvent constituer trois propriétés distinctes et appartenir à trois propriétaires différents (3).

Il ne faut pas retourner l'art. 552 pour établir une présomption inverse d'après laquelle le propriétaire du dessous serait présumé propriétaire du sol (4). De même le propriétaire du dessus, des bâtiments qui surplombent le terrain du voisin n'est pas présumé propriétaire de la portion du sol couverte par la projection verticale des bâtiments. Le juge trouvera seulement dans la disposition des lieux des indications de nature à faire admettre l'existence du droit de propriété que l'on invoque, mais susceptibles d'être combat-

(1) Cass., 15 juillet 1901, D., 02. 1. 52.

(2) Cass., 30 nov. 1853, S., 54. 1. 679, D., 54. 1. 17; 11 janv. 1864, S., 65. 1. 262, D., 65. 1. 114; 24 nov. 1869, S., 70. 1. 32, D., 70. 1. 274; 14 nov. 1888, D., 89. 1. 469. — Toulouse, 18 fév. 1888, D., 89. 2. 55. V. sur les conditions d'une possession utile pour prescrire la propriété d'une grotte, Besançon, 8 avril 1903, D., 03. 2. 483. — On pourrait concevoir une division du tréfonds par couches superposées appartenant à des propriétaires différents, Orléans, 15 fév. 1900, D., 01. 2. 22.

(3) Demolombe, IX, n. 644. — Cass., 1er août 1866, S., 66. 1. 408, D., 66. 1. 305. Cet arrêt décide que le sous-sol d'un terrain peut faire l'objet distinct d'une expropriation pour cause d'utilité publique.

(4) Aubry et Rau, II, § 192, p. 185; Laurent, VI, n. 257. — Cass., 7 mai 1838, S., 38. 1. 719, D., 38. 1. 223. — Cpr. cependant Cass., 26 avril 1882, S., 83. 1. 152.

tues par des indices contraires ; en un mot on appliquera pour la solution de la difficulté les règles générales sur la preuve du droit de propriété (1).

332. Du principe que la propriété du sol emporte la propriété du *dessous*, du *tréfonds*, comme on disait autrefois, l'art. 552 al. 3 déduit cette conséquence que le propriétaire « *peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il* » *jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits* » *qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant* » *des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règle-* » *ments de police* ».

La propriété du sol, qui emporte en principe la propriété du dessous, s'étend ainsi en profondeur jusqu'aux limites extrêmes que l'homme peut atteindre.

L'art. 672 § 3 C. civ., comme conséquence, accorde au propriétaire du sol le droit de couper lui-même les racines des arbres du voisin qui pénètrent dans son terrain.

333. Celui auquel appartient un fonds de terre est donc propriétaire des richesses naturelles qu'il recèle (2) et principalement des mines. Ce principe, que la loi romaine consacrait nettement, n'a pas toujours été fermement admis dans notre droit : c'est ainsi que quelques-unes de nos vieilles coutumes déclaraient les seigneurs propriétaires de *l'avoir en terre non extrayé ;* et il a fallu l'intervention énergique de Napoléon pour le faire maintenir dans la loi du 21 avril 1810, qui, avec la loi du 27 juillet 1880, contient la législation actuellement en vigueur sur les mines. Et toutefois le droit du propriétaire reçoit ici une grave atteinte, qui trouve sa justification dans un intérêt social de premier ordre. « Les » mines ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'un acte de » concession délibéré en conseil d'Etat », dit l'art. 5 de la loi

(1) Aubry et Rau, II, § 192, p. 185, n. 17; Demolombe, XII, n. 592. — Cass., 28 juil. 1851, S., 51. 1. 60. — Paris, 24 août 1864, S., 64. 2. 301. — Cpr. cependant Bordeaux, 20 nov. et 14 déc. 1833, S., 34. 2. 429. — Amiens, 20 fév. 1840, S., 51. 1. 601. — Pardessus, *Des servitudes*, I, n. 214.

(2) On dit aussi que le trésor appartient *jure soli* au propriétaire sous l'obligation d'en abandonner la moitié à l'inventeur ; mais il paraît plus exact de considérer l'acquisition du trésor comme un mode *ex lege*, plutôt que de l'envisager comme une application de l'accession. — V. *Traité des successions*, I, 43 s.

précitée du 21 avril 1810. Le gouvernement concède la mine à qui il veut ; le propriétaire n'a aucun droit de préférence. Il subira donc une véritable expropriation, si la mine est concédée à un autre que lui. C'est une expropriation pour cause d'utilité publique ; car les mines forment une partie importante de la richesse nationale, et l'intérêt public exige qu'elle ne soit pas compromise par un propriétaire qui se refuserait à toute exploitation, ou qui l'entreprendrait sans avoir les talents ou les ressources nécessaires pour la mener à bonne fin.

L'expropriation pour cause d'utilité publique appelle une indemnité. La loi de 1810 respecte ce principe ; mais, dans l'application qu'elle en fait, elle déroge sur deux points aux règles du droit commun. D'abord l'indemnité sera fixée par le gouvernement dans l'acte de concession, tandis que dans les cas ordinaires ce soin est confié à un jury d'expropriation. Puis l'indemnité consistera dans une redevance, c'est-à-dire dans une rente à payer par le concessionnaire de la mine au propriétaire du sol, et par conséquent elle ne sera pas préalable, comme l'exige 'art. 545.

Jusqu'à la concession, la propriété de la mine reste unie à celle du sol, d'après le principe de l'art. 552 C. civ., et le tiers qui commencerait une entreprise quelconque, sans concession préalable, serait passible de dommages-intérêts envers celui qui est encore propriétaire du sol et du tréfonds (1).

334. La mine, une fois concédée soit au propriétaire, soit à tout autre, forme une propriété immobilière distincte du sol, et susceptible à ce titre d'être aliénée, hypothéquée ou saisie séparément. Quant à la redevance, elle est due plutôt au sol qu'à son propriétaire. Aussi suit-elle le sort du fonds : elle est immobilière comme lui ; les hypothèques qui grèvent le sol grèvent aussi la redevance ; l'aliénation du fonds entraîne celle du droit à la redevance. Ce qui n'empêche pas que le propriétaire puisse céder son droit à la redevance séparément du fonds, et alors ce droit, étant détaché du fonds, perd sa nature immobilière (2).

(1) Aubry et Rau, II, § 223, p. 445 ; Demolombe, IX, n. 647. — Cass., 1er février 1841, S., 41. 1. 121.

(2) Cass., 27 oct. 1885, S., 87. 1. 252, D., 86. 1. 134.

La concession a pour résultat juridique la création d'un immeuble nouveau affranchi des hypothèques antérieures, lesquelles sont reportées sur la redevance. Ce résultat se produit dans le cas même où la concession a lieu au profit du propriétaire, l'acte de concession devant en toute hypothèse déterminer le chiffre de la redevance (art. 6, 19 et 42).

335. L'acte de concession produit les effets indiqués sans être soumis à la transcription : il crée au profit du concessionnaire un droit perpétuel ; l'art. 43 fixe les conditions imposées au concessionnaire pour l'occupation et l'acquisition du terrain à la surface et l'indemnité due au propriétaire ; le concessionnaire doit prendre en outre toutes les précautions nécessaires de façon à ne causer aucun dommage au propriétaire de la surface (art. 42 *in fine*), conformément à la règle générale qui prohibe l'exercice abusif du droit de propriété. Les tribunaux peuvent prescrire l'exécution de travaux préservatifs et accorder des dommages-intérêts au simple et non au double (1) pour le préjudice causé (2). C'est ainsi que les concessionnaires de mines peuvent être rendus responsables du tarissement des sources situées dans le terrain même sous lequel s'effectuent les travaux de la mine (3).

336. Le propriétaire du sol conservant tous ses droits sur la couche de terre qui recouvre la mine (4) peut y exercer toutes les facultés inhérentes à la propriété et même recueillir les matières minérales qu'il rencontrerait (5) ; il doit seulement s'abstenir de tout acte d'usage nuisible à l'exploitation de la mine.

La loi de 1810 contient aussi des dispositions spéciales sur les minières et les carrières, auxquelles il suffit de se reporter.

(1) La controverse qui s'était élevée sur ce point a été tranchée par la loi du 27 juillet 1880 modifiant l'art. 43 de la loi de 1810.

(2) V. en ce qui concerne l'exécution de travaux préservatifs, Cass., 15 mai 1861, S., 61. 1. 959, D., 61. 1. 329.

(3) Cass., 12 août 1872, S., 72. 1. 353, D., 72. 1. 269. — Nîmes, 27 février 1878, S., 78. 2. 267, D., 79. 2. 61. — Riom, 21 février 1881, S., 82. 2. 15, D., 81. 2. 133.

(4) Cass., 16 nov. 1852, S., 53. 1. 756, D., 53. 1. 189. — Lyon, 20 mars 1852, S., 53. 2. 277.

(5) Cons. d'Etat, 6 déc. 1866, S., 67. 2. 233, D., 67. 3. 60 ; *sic* Dupont, *Jurispr. des mines*, II, p. 39 s. — *Contra* Cons. d'Etat, 13 août 1850, S., 51. 2. 126, D., 53. 3. 2.

337. Du principe que la propriété du sol emporte la propriété du dessus résulte cette conséquence, signalée par l'art. 552 al. 2, que « *Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les » plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les » exceptions établies au titre* des Servitudes ou services fonciers ». Le propriétaire du sol n'a pas seulement la liberté d'élever des constructions, de faire des plantations, mais le droit exclusif qu'il possède sur la colonne d'air située au-dessus de son fonds lui permet aussi d'arrêter les empiètements des tiers sur ce domaine aérien, d'exiger la démolition des constructions en saillie sur sa propriété, la suppression de la portion des bâtiments dont la projection verticale atteindrait le sol qui lui appartient. Il peut aussi contraindre le voisin à couper les branches des arbres qui débordent sur sa propriété (art. 672 § 2 C. civ.); son droit toutefois est ici moins énergique qu'à l'égard des racines pénétrant dans le sol et portant atteinte à la propriété du dessous, puisqu'il ne peut couper lui-même les branches des arbres.

338. Les restrictions annoncées par le dernier membre de phrase de l'art. 552, § 2, sont assez nombreuses. Ainsi il n'est pas permis à un propriétaire de planter trop près de l'héritage voisin (art. 671); de même un propriétaire ne peut établir des vues dans un mur qu'autant qu'il est situé à une certaine distance de l'héritage voisin (art. 678 s.); il doit disposer le toit de sa maison de manière que les eaux pluviales ne se déversent pas sur le fonds de son voisin (art. 681).

Certaines restrictions découlent aussi des lois ou règlements de police; ainsi un décret du 24 juillet 1884 limite à Paris la hauteur des constructions (1).

339. Aux termes de l'art. 553 : « *Toutes constructions, » plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, » sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui » appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de » la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait » acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâti- » ment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment* ».

(1) La hauteur des constructions élevées dans Paris par les particuliers est limitée à vingt mètres au maximum et le nombre des étages à sept.

Ce texte établit une double présomption applicable à toute espèce de constructions, quelle que soit leur valeur par rapport à celle du sol (1) et quelle que soit la personne contre laquelle on l'invoque (2).

1° Les constructions qui existent sur un terrain ou dans son intérieur, sont présumées avoir été faites par le propriétaire du sol et à ses frais. Présomption toute naturelle, et qui sera presque toujours conforme à la réalité des choses : *is fecit cui prodest*. Le cas d'une construction faite sur un terrain par un autre que le propriétaire est un cas tout à fait exceptionnel; or les exceptions ne se présument pas. *Præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit.*

2° La deuxième présomption n'est qu'une conséquence de la première. Les constructions qui existent sur un terrain ou dans son intérieur sont présumées appartenir au propriétaire du terrain.

Si le fonds appartient par indivis à deux copropriétaires, les constructions, par suite de la même présomption, seront la copropriété des communistes (3).

340. Cette double présomption dispense le propriétaire du sol de prouver son droit sur les constructions ou les plantations que porte le sol.

Mais l'une et l'autre sont susceptibles d'être combattues par la preuve contraire, qui est formellement réservée par notre article.

Ainsi, tout d'abord, je puis prouver, contre la première présomption, soit par témoin, soit par simple présomption de l'homme quelle que soit la valeur des travaux (4), que les constructions qui couvrent un terrain appartenant à autrui ont été faites par moi et à mes frais : ce qui n'aura pas pour conséquence d'empêcher que les constructions appartiennent au maître du sol (v. art. 555), mais pourra seulement, suivant

(1) Ainsi elle s'applique aux théâtres ; la construction, en effet, malgré sa valeur, reste l'accessoire du sol. Laurent, VI, n. 252.

(2) C'est ainsi que le propriétaire peut l'opposer au fermier ou au locataire.

(3) Cass., 26 juin 1837, S., 37. 1. 698, D., 37. 1. 379.

(4) Cass., 27 juill. 1859, S., 60. 1. 360, D., 59. 1. 398; 23 mai 1860, S., 60. 1. 792, D., 60. 1. 384.

les cas, m'autoriser à réclamer une indemnité au propriétaire ou à démolir les constructions (art. 555).

D'autre part, je puis prouver, contre la deuxième présomption, que les constructions ou plantations existant à la surface d'un terrain dont je ne suis pas propriétaire m'appartiennent soit en vertu d'un titre, soit par la prescription [1], auquel cas la propriété se trouvera démembrée, la superficie appartenant à l'un et le tréfonds à l'autre [2].

2° Du droit de superficie.

341. Lorsqu'une personne est propriétaire du tréfonds, tandis qu'une autre a un droit exclusif sur les contructions et plantations adhérant à la surface du sol, on dit que cette dernière a un droit de *superficie*, et on la désigne parfois du nom de *superficiaire*.

Le droit romain n'admettait pas d'exception à la présomption formulée aujourd'hui dans l'art. 553 et les jurisconsultes envisageaient le droit de superficie comme un droit réel sur la chose d'autrui. Le caractère de ce droit se trouve aujourd'hui modifié. Le superficiaire n'a pas un simple droit d'usufruit, *mais bien un droit de propriété;* par conséquent ce droit est « perpétuel » de sa nature [3], et, à la différence des servitudes, il ne s'éteint pas par le non usage [4]. C'est un droit immobilier, puisqu'il a toujours pour objet des constructions ou plantations adhérant au sol.

342. Ce droit de propriété *sui generis* s'acquiert d'ordinaire par l'effet des conventions, ou par suite d'une disposition de dernière volonté. Toutefois, comme il s'agit d'une propriété immobilière, la possession prolongée peut conduire à l'acquisition du droit de superficie par la prescription. Les applications que la pratique fournit sur ce dernier mode d'acquisition

[1] La preuve du droit de propriété portant sur les bâtiments et plantations pourra être établie conformément aux principes généraux et en suivant l'échelle des présomptions indiquées *supra*, n. 255. — Grenoble, 23 juin 1891, D., 92. 2. 309.

[2] V. cep. Cass., 10 juin 1885, S., 85. 1. 345, D., 86. 1. 205.

[3] Aubry et Rau, II, § 223, p. 440. — Cass., 27 avril 1891, S., 91. 1. 369 et la note de Labbé, D., 92. 1. 219.

[4] Cass., 5 nov. 1866, S., 66. 1. 441, D., 67. 1. 32; 27 avril 1891, précité. — Besançon, 12 déc. 1864, S., 65. 2. 197, D., 65. 2. 1.

se réfèrent surtout aux arbres plantés sur le fonds d'autrui, et plus spécialement encore à ceux plantés sur les chemins publics. De nombreux arrêts ont reconnu que ces arbres étaient susceptibles d'une possession indépendante de celle des fonds, places, rues ou chemins, auxquels ils étaient attachés, et que par suite la propriété distincte de ces arbres pouvait s'acquérir par prescription (1). Il convient du reste, dans la détermination de la propriété des arbres plantés sur les chemins vicinaux ou communaux, dans le sens de la loi du 9 ventôse an XII, de tenir compte des dispositions exceptionnelles des lois des 26 juillet 1790 et 28 août 1792 : les arbres plantés antérieurement à ces lois sont présumés appartenir aux riverains et non à la commune ; c'est une dérogation à la règle de l'art. 553 (2).

343. Le droit de superficie met en contact deux droits réels qui semblent avoir pour objet le même immeuble : on trouve en effet, d'abord, la propriété du *tréfonds* puis celle des *édifices* et *superfices*. Les titulaires de ces droits ne sont pas cependant dans un état d'indivision : l'étendue de leurs droits respectifs est parfaitement limitée ; chacun d'eux est propriétaire d'une part divise de l'immeuble, mais la division ne s'opère plus, comme dans le cas du partage d'un fonds de terre entre deux héritiers, suivant un plan vertical dont la projection détermine sur le sol une ligne horizontale limitative des deux propriétés partagées ; la division s'opère à l'aide d'un plan horizontal qui passe à l'extrémité des fondations de la maison ou des racines des plantes (3) ; le propriétaire du tréfonds possède la partie de l'immeuble située au-dessous de ce plan, et le superficiaire ce qui est au-dessus ; chacun d'eux a, en principe, le droit d'exercer sur la fraction qui lui appartient toutes les facultés inhérentes à la propriété, sous la condition de respecter le droit de l'autre.

(1) Cass., 23 déc. 1861, S., 62. 1. 181, D., 67. 1. 129 ; 1er déc. 1874, S., 75. 1. 167 ; 21 nov. 1877, S., 78. 1. 169 ; 21 nov. 1880, S., 81. 1. 52, D., 81. 1. 28.

(2) Cass., 3 fév. 1868, S., 68. 1. 55, D., 68. 1. 121. — Amiens, 26 juill. 1872, S., 72. 2. 129, D., 72. 2. 201. — Laurent, VI, n. 252. — *Contra* Douai, 28 nov. 1865, S., 66. 2. 188.

(3) On suppose un droit de superficie intégral, aussi étendu que possible.

344. Ainsi le propriétaire du tréfonds exploite, s'il y a lieu, les tourbières et carrières du sous-sol, pourvu que cette exploitation ne nuise pas à la superficie et ne vienne pas compromettre, par exemple, la solidité des constructions. Il a droit à la redevance due par le concessionnaire d'une mine, que l'exploitation ait ou non commencé avant la naissance du droit de superficie; c'est à lui qu'on devrait attribuer la moitié du trésor abandonné au propriétaire du sol, en supposant, toutefois que le trésor ait été trouvé dans la partie du fonds qui lui appartient, c'est-à-dire au-dessous du plan horizontal décrit plus haut [1]; s'il était trouvé au-dessus, à la surface du sol, il appartiendrait au superficiaire.

345. Ce dernier, dans l'exercice de son droit, retire d'ordinaire une utilité plus grande, c'est lui qui fait tous les actes habituels d'usage; en principe, il est libre de cultiver le fonds à son gré, de modifier les plantations, le genre d'exploitation, de construire de nouveaux bâtiments, de démolir les constructions qui existaient à l'époque de la constitution du droit de superficie.

Mais l'étendue des droits du superficiaire est souvent restreinte par le titre de constitution. Ainsi, quand le droit de superficie a été établi d'une manière révocable, les constructions existantes ne peuvent être démolies [2]. En outre, il arrive souvent que le droit de superficie, au lieu d'être intégral, de s'appliquer à tous les objets adhérant à la surface du sol, n'est que partiel et restreint à quelques-uns de ces objets, par exemple aux seules constructions ou bien aux plantations, même à certaines plantes déterminées. Le superficiaire, alors, ne peut évidemment exercer son droit que sur les choses qui en forment l'objet.

346. On a déjà rencontré l'exemple d'un droit de superficie, en parlant des constructions que le fermier élève, dans certaines conditions, sur le fonds du bailleur [3]. On trouve

[1] Cette restriction n'est pas d'ordinaire indiquée. — Cpr. Aubry et Rau, II, § 222, p. 441.

[2] Aubry et Rau, II, § 223, p. 441.

[3] V. *supra*, n. 30 s. — Dans certains cas aussi le *bail à complant* peut être

une forme particulière du droit de superficie dans le *bail à convenant* ou *à domaine congéable* usité en Bretagne, maintenu par la loi des 7 juin-6 août 1791, et réglementé à nouveau par la loi du 8 février 1897. Le bailleur conserve la propriété du fonds : c'est le *propriétaire foncier;* le preneur a la jouissance de ce fonds, moyennant le paiement d'une rente annuelle, dite *rente convenancière;* en outre, la propriété des « édifices et superfices » est transférée à titre de vente au preneur, auquel on donne le nom de *domanier*. Le propriétaire foncier a la faculté de congédier le domanier; le congément lui fait recouvrer la propriété des édifices, à charge d'en payer la valeur à dire d'expert; de son côté, le domanier peut invoquer le *congément* et réclamer ainsi la valeur des édifices; mais l'un et l'autre sont libres de renoncer au congément et de rendre ainsi le droit de superficie perpétuel et irrévocable (1).

347. Contrairement à la présomption de l'art. 553, il arrive parfois qu'une personne a la propriété de constructions qui débordent sur le bâtiment du voisin; cette superposition emporte la propriété de l'espace aérien qui domine ces constructions, de sorte que le propriétaire peut les exhausser à la condition de ne causer aucun dommage au bâtiment inférieur, et si, d'autre part, une convention expresse ne lui a pas enlevé la faculté d'exhaussement (2).

348. Notre article dit aussi que l'on peut acquérir par la prescription la propriété, « soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment ». Relativement à la prescription d'un souterrain, il faut remarquer qu'elle ne pourrait s'accomplir qu'autant que la possession présenterait les caractères exigés par l'art. 2229, et notamment celui de la publicité. Si donc la possession a été clandestine, ce qui arrivera presque toujours quand aucun signe

considéré comme constitutif au profit du preneur d'un droit de superficie partiel portant sur les plantations indiquées dans le bail.

(1) En ce qui concerne les usages spéciaux de la Bresse quant aux étangs, v. la loi du 21 juillet 1826. On peut considérer l'*évolage*, c'est-à-dire la propriété de l'étang couvert d'eau, comme un droit de superficie, distinct de l'*assec*, c'est-à-dire de la propriété du sol desséché de l'étang. Aubry et Rau, § II, 223, p. 444.

(2) Cpr. Cass., 30 nov. 1853, S., 54. 1. 679.

extérieur ne révèlera l'existence du souterrain, il n'y aura pas de prescription possible (1).

L'acquisition par convention ou par prescription d'une cave ou d'un souterrain ne comprend pas la propriété de la partie du tréfonds située au-dessous et n'autorise pas le propriétaire de la cave à la creuser davantage, à moins que la convention ne lui ait accordé ce droit.

Il est certain, par ailleurs, qu'au lieu d'avoir la propriété exclusive d'ouvrages établis sous le sol ou sur le bâtiment du voisin, on peut de la même façon acquérir seulement un droit de copropriété (2).

B. *Développement du principe.*

1° *Des constructions faites par un propriétaire sur son fonds avec des matériaux appartenant à autrui.*

349. Un propriétaire a fait des constructions ou autres ouvrages, un pavage par exemple, avec les matériaux d'autrui; ou il a employé pour faire des plantations des plants appartenant à un autre. Cette circonstance empêchera-t-elle qu'il devienne propriétaire des constructions, plantations ou autres ouvrages? La négative résulte de l'art. 554, ainsi conçu : « *Le propriétaire du sol qui a fait des constructions, plantations et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas doit en payer la valeur ; il peut aussi être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu : mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever* ».

Il y a de cette décision une raison de droit et une raison d'équité. En droit, les matériaux incorporés dans la construction ont perdu leur individualité : nous n'avons plus désormais des pierres, du bois, du fer, des tuiles... mais un édifice composé de ces divers éléments. Juridiquement parlant, les matériaux n'existent donc plus ; ce qui amène l'application de la règle *Extinctæ res vindicari non possunt*. En équité, convenait-il d'autoriser le propriétaire des matériaux à exiger, pour en obtenir la restitution, la démolition de constructions

(1) Cass., 1er février 1832, S., 32. 1. 463.
(2) Cass., 22 octobre 1811, S., chr. — Aubry et Rau, II, § 223, p. 439.

faites à grands frais, alors que, grâce à l'indemnité qui lui sera payée, il pourra se procurer très facilement des matériaux équivalents et même préférables à ceux qu'il retirerait de la démolition de l'ouvrage ? A ces raisons on peut ajouter subsidiairement que l'intérêt public exige le maintien des constructions : *ne ruinis aspectus urbis deformetur.*

350. L'application de l'art. 553 suppose que le propriétaire du sol n'est pas devenu déjà propriétaire des matériaux en vertu de l'art. 2279 ; si les matériaux ont été employés de bonne foi, l'art. 554 sera le plus souvent inapplicable ; cependant, malgré la bonne foi, l'action en revendication des matériaux restant encore possible dans certaines hypothèses, l'art. 554 permettra d'arrêter l'effet de cette action. Sous cette réserve, le texte s'applique au possesseur de bonne ou de mauvaise foi.

351. L'art. 554 met obstacle à la restitution des matériaux que voudrait exiger celui qui en était propriétaire avant l'incorporation, et oblige ce dernier à se contenter d'une indemnité payée par le maître du sol ; mais celui-ci ne pourrait, en sens inverse, se soustraire au paiement de l'indemnité pour imposer la restitution des matériaux. D'autre part, l'art. 554 ne permet pas à un propriétaire de se refuser à l'exécution d'un contrat par lequel il aurait vendu un bâtiment à démolir, ou des arbres à abattre ; l'acquéreur, en pareil cas, est libre de repousser l'offre d'une indemnité et d'exiger l'exécution du contrat ; ce n'est plus l'hypothèse de l'accession régie par l'art. 554 ; on n'est plus dans le cas où des matériaux appartenant à autrui, incorporés dans un immeuble, dans un fonds, deviennent la propriété du maître de ce fonds, par l'effet d'un mode spécial d'acquisition ; il y a plutôt « discession » ; le maître du fonds aliène au lieu d'acquérir ; il détache certaines parties de son fonds, voulant les mobiliser et en transmettre la propriété à un tiers. Pourquoi la convention consentie dans ce but ne serait-elle pas respectée [1] ?

352. L'art. 554 reçoit application, quelle que soit la nature des ouvrages effectués ou des matériaux employés [2].

[1] Aubry et Rau, II, § 204, p. 259, note 4 ; Demolombe, IX, n. 668.
[2] Demolombe, IX, n. 664.

353. Le propriétaire des matériaux ne pourrait-il pas du moins les revendiquer si l'édifice venait à être démoli avant qu'il en eût touché la valeur? Quelques auteurs lui reconnaissent cette faculté (1). Le droit du propriétaire des matériaux était, dit-on, paralysé plutôt qu'éteint par leur incorporation à l'édifice; rien ne fait plus obstacle à leur revendication, une fois que l'édifice est détruit. Nous préférons la solution contraire. En refusant au propriétaire des matériaux le droit de les enlever, l'art. 554 nous dit implicitement que ces matériaux sont devenus la propriété du constructeur ; il en est devenu propriétaire par accession, à raison de leur incorporation au sol, dont ils sont désormais une dépendance. Pour que le droit de propriété de leur ancien maître pût renaître, il faudrait une disposition de la loi, qui n'existe pas (2).

354. En droit romain, le constructeur qui avait employé les matériaux d'autrui était tenu d'en restituer la valeur au double, sur l'action dite *de tigno juncto*. Nous n'avons plus dans notre droit actuel d'action *in duplum*. Mais en fait le juge français peut, comme le juge de l'action *de tigno juncto*, prononcer contre le constructeur une condamnation au double. Il *doit* en effet, d'après notre article, condamner le constructeur à payer la valeur des matériaux, et il *peut* en outre le condamner à payer des dommages et intérêts, que rien ne l'empêche de tarifer à une somme égale à la valeur des matériaux. Les dommages et intérêts ne sont dus que « s'il y a lieu », c'est-à-dire s'il y a préjudice : ce qui pourrait arriver par exemple dans le cas où il s'agirait de matériaux que le propriétaire se proposait d'employer immédiatement, et dont la privation l'oblige à suspendre ses travaux. Le tout sans préjudice des condamnations pénales qui pourraient être prononcées contre le constructeur, s'il avait volé les matériaux.

355. Tout ce qui vient d'être dit des constructions doit être appliqué aux plantations faites avec des plants appartenant

(1) Aubry et Rau, II, § 204, p. 259 ; Demolombe, IX, n. 661 et 662. — Ces auteurs donnent une solution différente pour les arbres ou arbustes arrachés du sol où ils avaient été plantés, en reproduisant le motif de la loi romaine : L. 26, § 2, Dig., *De acq. rer. dom.*, XLI. 1.

(2) Laurent, VI, n. 260.

à autrui. Le maître du terrain sur lequel les plantations ont été faites en deviendra *immédiatement* propriétaire, sans qu'il soit nécessaire d'attendre, comme en droit romain, le moment impossible à préciser, où les plantes auront pris racine. Le propriétaire des plants n'aura droit qu'à une indemnité qui sera réglée comme il vient d'être dit.

356. Ce que la loi dit de l'*incorporation* ne devrait pas être étendu à l'*immobilisation par destination*. En d'autres termes, si un propriétaire place des objets mobiliers sur son fonds dans les conditions requises par la loi pour entraîner l'immobilisation par destination, l'immobilisation ne se produira pas si ces objets sont la propriété d'autrui. Ainsi je place dans une niche pratiquée exprès pour la recevoir une statue appartenant à un autre; elle ne deviendra pas immeuble par destination, et le propriétaire pourra la revendiquer, sauf à se voir opposer l'art. 2279 al. 1. En effet les objets dont il s'agit n'ont pas perdu leur individualité; ils ne sont pas incorporés au fonds et peuvent en être facilement séparés (1).

2° *Des constructions, plantations ou autres ouvrages faits sur le terrain d'autrui.*

357. Cette circonstance que des plantations, constructions ou autres ouvrages ont été faits sur un fonds par un tiers n'empêche pas qu'ils ne deviennent la propriété de celui auquel le fonds appartient, en qualité d'accessoires de ce fonds. *Superficies solo cedit*. Seulement la règle d'équité, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, obligera en pareil cas le propriétaire du fonds à indemniser le constructeur ou le planteur. C'est ce qui résulte de l'art. 555, ainsi conçu : « *Lorsque les plantations, constructions et ouvrages* » *ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire* » *taire du fonds a droit ou de les retenir ou d'obliger ce tiers* » *à les enlever. — Si le propriétaire du fonds demande la* » *suppression des plantations et constructions, elle est aux* » *frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour* » *lui; il peut même être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé* » *le propriétaire du fonds. — Si le propriétaire préfère con-*

(1) V. *supra*, n. 59.

» *server ces plantations et constructions, il doit le rembourse-*
» *ment de la valeur des matériaux et du prix de la main-*
» *d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation*
» *de valeur que le fonds a pu recevoir. Néanmoins, si les*
» *plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un*
» *tiers évincé qui n'aurait pas été condamné à la restitution*
» *des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra*
» *demander la suppression desdits ouvrages, plantations et*
» *constructions; mais il aura le choix ou de rembourser la*
» *valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de*
» *rembourser une somme égale à celle dont le fonds a aug-*
» *menté de valeur* ».

Notre article suppose que les constructions ont été faites *par un tiers*, c'est-à-dire par un autre que le propriétaire du fonds et *avec ses matériaux*. Mais la solution serait évidemment la même si les constructions avaient été faites avec des matériaux appartenant à autrui, sauf à régler, comme il a été dit ci-dessus, la situation respective du constructeur et du propriétaire des matériaux.

358. Il est inutile de considérer comme hypothèse distincte le cas où un tiers construirait sur un fonds possédé par un autre tiers ou par le propriétaire lui-même (1); en effet, le seul fait de construire constitue un acte de possession sur la partie du sol bâti; le constructeur possède ainsi le terrain sur lequel il élève des bâtiments.

359. Le tiers constructeur doit prouver, contrairement à la présomption de l'art. 553 et suivant les règles posées sur ce texte, qu'il a bâti avec ses matériaux et non avec ceux du propriétaire du sol.

360. Si les constructions, plantations ou ouvrages ont été enlevés par le possesseur, l'art. 555 ne reçoit plus application; il y aura lieu seulement, suivant les circonstances et en tenant compte de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur, au moment de la démolition, de le condamner à des dommages et intérêts envers le propriétaire (2).

(1) Demolombe, IX, n. 678.

(2) V. *supra*, n. 257. — Cass., 16 fév. 1857, S., 58. 1. 192. — Douai, 18 mars 1842, S., 43. 2. 8.

361. La rédaction de l'art. 555 est très défectueuse. Son alinéa final à partir du mot *Néanmoins,* a été ajouté après coup sur la demande du tribunat. Cette addition, qui a modifié les deux premiers alinéas de l'article, aurait dû amener sa refonte complète.

Dans les explications qui vont suivre, nous parlerons surtout des constructions. Ce que nous dirons à cet égard s'appliquera facilement *mutatis mutandis* aux plantations et autres ouvrages.

Pour régler la situation respective du propriétaire et du constructeur, la loi distingue si le constructeur est de mauvaise foi ou de bonne foi.

362. α. PREMIÈRE HYPOTHÈSE. *Le constructeur est de mauvaise foi :* il a construit sur un terrain qu'il savait appartenir à autrui. Sa situation n'inspire pas beaucoup d'intérêt. Aussi la loi le traite-t-elle durement, trop durement peut-être. Elle autorise le propriétaire à choisir entre deux partis :

1° Forcer le constructeur à démolir les constructions et à rétablir les lieux dans leur ancien état. Le propriétaire qui prend ce premier parti ne doit aucune indemnité au constructeur, il peut même en exiger une de lui, s'il prouve que le fait de la construction ou de la démolition, lui cause quelque préjudice.

2° Garder les constructions. Dans ce cas, le constructeur a droit au remboursement de son impense, c'est-à-dire de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de la plus-value que les constructions peuvent avoir procurée au fonds.

363. Le propriétaire qui garde les constructions n'est pas tenu de payer les intérêts de l'indemnité due au possesseur. A cette règle on apporte d'ordinaire une restriction, lorsque les constructions ont procuré une augmentation de revenus : le propriétaire ne pouvant s'enrichir de cet accroissement dû aux travaux effectués par le possesseur, tenu par ailleurs à la restitution des fruits, devra, comme compensation, payer à ce dernier les intérêts de l'indemnité (1). La solution n'est

(1) Aubry et Rau, II, § 204, p. 261 ; Demolombe, IX, n. 679. — Cpr. Cass., 9 déc. 1839, S., 40. 1. 66. — Agen, 27 mars 1843, S., 43. 2. 511.

pas très juridique : La somme due à titre d'indemnité n'est pas de plein droit productive d'intérêts ; il vaut mieux, par suite, dispenser le possesseur de mauvaise foi de la restitution des fruits, dans la mesure où leur accroissement est dû à son travail conformément à une règle déjà posée (1).

364. β. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. *Le constructeur est de bonne foi.* Pour que le constructeur soit de bonne foi *hoc sensu*, il ne suffit pas qu'il ait cru être propriétaire du terrain sur lequel il construisait, il faut que son erreur soit basée sur un juste titre (argument des mots « qui n'aurait pas été condamné à » la restitution des fruits, attendu sa bonne foi »). En d'autres termes, le constructeur de bonne foi est ici celui qui a construit sur un fonds qu'il possédait avec juste titre et bonne foi, celui qui pourrait invoquer le bénéfice de l'art. 550. La bonne foi doit avoir existé au moment où les constructions ont été faites (arg. art. 550), et non pas seulement au jour de la prise de possession de l'immeuble ; mais aussi il importe peu que le possesseur connaisse ensuite les vices de son titre et devienne de mauvaise foi après l'achèvement des constructions.

365. Le constructeur de bonne foi ne peut pas être contraint à démolir, quelles que soient les circonstances de la cause et la situation respective des parties. Le juge n'est plus autorisé, comme en droit romain, à invoquer l'équité pour permettre à un propriétaire dans la gêne d'exiger l'enlèvement et de reprendre son immeuble libre de toute construction (V. *infra*, n. 366). Le constructeur peut toujours forcer le propriétaire à garder les constructions, et en outre exiger de lui une indemnité. Suivant notre article, cette indemnité doit être égale à la dépense faite par le constructeur ou à la plus-value produite par les constructions, au choix du propriétaire. Le plus souvent le propriétaire demandera que l'indemnité soit réglée sur la plus-value, parce qu'elle sera inférieure à la dépense. Ainsi les constructions ont coûté 100.000 fr., mais la valeur du fonds n'en est augmentée que de 60.000 fr. ; c'est seulement cette dernière somme que le propriétaire sera tenu de rembourser.

(1) V. *supra*, n. 326. — *Sic* Laurent, VI, n. 362.

Il faut apprécier la plus-value, d'après l'état actuel des choses au jour de la restitution (1), et non d'après celui qui existait à l'époque où les constructions ont été faites; car le propriétaire ne doit payer que la plus-value dont il profite. Il n'y aurait donc pas à tenir compte de la partie des constructions qui aurait péri par cas fortuit (2). D'autre part, la plus-value doit être appréciée d'après l'augmentation de valeur vénale que les constructions donnent à l'immeuble, et sans qu'il y ait lieu de considérer le plus ou moins d'utilité qu'elles peuvent offrir pour le propriétaire. Le juge invoquerait en vain l'équité pour déterminer la plus-value d'après l'utilité que présentent les constructions ou d'après les ressources du propriétaire (3) et lorsque les arrêts décident que l'on doit rechercher la valeur « intrinsèque et utile » ajoutée à une propriété par des constructions, ils entendent bien parler de l'augmentation de la valeur vénale de l'immeuble. Pour l'appréciation de cette valeur, il ne faut pas, surtout dans les établissements industriels, consulter uniquement la variation du revenu, dont l'accroissement a souvent, en partie, une cause indépendante des constructions (4).

366. Supposons que le propriétaire soit dans l'impossibilité de payer l'indemnité dont nous venons de parler. En face d'un constructeur de mauvaise foi, le propriétaire se tirerait d'affaire en exigeant la démolition ; mais il n'a pas ce droit à l'égard d'un constructeur de bonne foi. Pothier décidait que dans cette hypothèse, le constructeur devrait se contenter d'une rente perpétuelle, constituée à son profit avec hypothèque sur le fonds, et correspondant au capital de l'indemnité (5). Quelque équitable que soit cette décision, il paraît

(1) Un arrêt décide que, pour les arbres et plantes, le possesseur n'est pas fondé à réclamer leur valeur au moment où la restitution lui est imposée; le propriétaire serait seulement tenu de rembourser les frais d'achat et ceux nécessités par la plantation. — Paris, 22 déc. 1851, D., 54. 5. 573. — Laurent, VI, n. 266. — La solution est exacte grâce à l'option accordée au propriétaire, qui reste libre de payer les impenses, si elles sont inférieures à la plus-value.

(2) Laurent, VI, n. 278.

(3) *Contra* Demolombe, IX, n. 681 et 690.

(4) Pau, 29 juillet 1868, S., 69. 2. 69, D., 68. 2. 237. — Laurent, VI, n. 265.

(5) Pothier, *De la propr.*, n. 347.

difficile de l'admettre dans le silence de la loi. Le constructeur est, d'après notre article, créancier d'une indemnité; il peut en exiger le paiement d'après le droit commun, puisque la loi n'y déroge pas, et par conséquent saisir au besoin le fonds et le faire vendre pour se payer sur le prix.

367. Le constructeur de bonne foi n'aurait pas le droit, à notre avis, de retenir les constructions jusqu'au paiement de l'indemnité qui lui est due. Le droit de rétention aboutit, comme on le verra plus tard, à un véritable privilège, et il n'y a pas de privilège sans texte.

La jurisprudence semble aujourd'hui fixée dans le sens de l'opinion qui accorde au seul possesseur de bonne foi le droit de rétention (1), mais la doctrine est assez divisée sur la question. Certains auteurs, d'accord avec la jurisprudence, limitent le droit de rétention au possesseur de bonne foi (2); d'autres l'accordent sans restriction au possesseur de bonne ou de mauvaise foi (3); il en est enfin qui se rangent à une solution mixte : le possesseur même de bonne foi ne jouit pas d'un véritable droit de rétention, mais le juge, armé ici d'un pouvoir discrétionnaire pour le règlement des intérêts respectifs, pourrait, en considération de la bonne foi du possesseur, si par ailleurs le propriétaire n'offrait pas des garanties suffisantes de solvabilité, n'ordonner le délaissement que sous la condition du paiement préalable de l'indemnité (4). On ne saurait admettre l'arbitraire d'un tel système qui laisse aux magistrats le droit de créer au profit d'un créancier une cause indirecte de préférence (5).

368. Le constructeur ne serait pas obligé de compenser l'indemnité qui lui est due avec les fruits qu'il a perçus et gagnés à raison de sa bonne foi. En effet la compensation suppose deux dettes réciproques (art. 1289 et 1290). Or on voit bien ici une dette du propriétaire envers le constructeur,

(1) Cass., 22 déc. 1873, S., 74. 1. 72, D., 74. 1. 241. — Douai, 12 janv. 1891, D., 91. 2. 221.

(2) Troplong, *Priv. et hyp.*, I, n. 260 s.; Demante, IV, n. 382; Proudhon, *Du domaine privé*, II, n. 569.

(3) Marcadé, II, sur l'art. 555, n. 5; Zacharie, I, p. 370.

(4) Aubry et Rau, II, § 204, p. 261; Demolombe, IX, n. 682.

(5) V. *Traité des priv. et hyp.*, n. 239.

mais le constructeur ne doit rien au propriétaire à raison des fruits, puisqu'il les a faits siens (art. 549); autrement on priverait le possesseur du bénéfice de l'art. 550, et comme il a droit aux fruits consommés ou non, il les conserve, même s'il les a employés au paiement des constructions (1). La solution contraire admise en droit romain s'appuyait précisément sur l'obligation imposée au possesseur de bonne foi de restituer les fruits non consommés.

369. Le possesseur doit réclamer l'indemnité à celui qui est propriétaire au moment où a lieu la restitution, et non à celui qui était propriétaire du terrain à l'époque où les constructions ont été faites; l'acquéreur actionné ainsi par le possesseur exercera, s'il y a lieu, un recours en garantie contre l'ancien propriétaire, son vendeur (2).

370. Si l'on compare la situation respective du constructeur de bonne foi et du constructeur de mauvaise foi, par rapport au propriétaire sur le terrain duquel des constructions ont été faites, on voit : d'une part, que le propriétaire peut forcer le constructeur de mauvaise foi à démolir, tandis qu'il n'a jamais ce droit à l'égard du constructeur de bonne foi; et, d'autre part, que le propriétaire qui veut conserver les constructions doit payer au constructeur de mauvaise foi une indemnité égale à son impense, tandis qu'à l'égard d'un constructeur de bonne foi il a le choix entre le paiement de l'impense et celui de la plus-value. Or si, du premier chef, la situation du constructeur de bonne foi est incontestablement préférable à celle du constructeur de mauvaise foi, elle paraît plus désavantageuse du second, car la plus-value étant presque toujours inférieure à l'impense, le constructeur de bonne foi recevra à titre d'indemnité moins qu'il n'a dépensé, tandis que le constructeur de mauvaise foi rentrera complètement dans ses déboursés. Le législateur a donc, sur un point, fait la part du constructeur de mauvaise foi plus

(1) Pau, 29 juillet 1868, S., 69. 2. 69. D., 68. 2. 239. — Aubry et Rau, II, § 204, p. 262; Demolombe, IX, n. 680. — *Contra* n. 839; Marcadé, sur l'art. 555, n. 3.

(2) Cass., 11 janv. 1887, S., 87. 1. 225, D., 88. 5. 399. — Laurent, VI, n. 276. — *Contra* Cologne, 14 mars 1853, D., 53. 5. 381.

belle que celle du constructeur de bonne foi, ce qui constitue une *inelegantia juris*. On dit, il est vrai, que le propriétaire ayant le droit de forcer le constructeur de mauvaise foi à démolir, en usera comme d'une menace pour l'obliger à accepter une indemnité même inférieure à la plus-value. Le propriétaire dira au constructeur de mauvaise foi : Vos constructions ont coûté 30.000 fr. ; elles donnent au fonds une plus-value de 20.000 fr. seulement ; je vous offre 10.000 fr. ou bien j'exige que vous démolissiez. Et la plupart du temps le constructeur acceptera les offres du propriétaire, parce que la démolition lui procurera un avantage moindre encore. Mais il reste toujours que, si le constructeur de mauvaise foi s'obstine (il n'y manquera pas quand il saura que le propriétaire tient à conserver les constructions), celui-ci devra rembourser le prix qu'elles ont coûté, tandis qu'il aurait à payer une somme moindre (la plus-value) à un constructeur de bonne foi.

La meilleure correction possible, dans certaines hypothèses, des décisions critiquables de l'art. 555 réside dans la faculté appartenant au propriétaire de faire abstraction de la mauvaise foi du possesseur et de lui payer seulement la plus-value en le supposant de bonne foi. Le possesseur ne serait pas autorisé à se prévaloir de sa mauvaise foi pour exiger le remboursement de toutes ses impenses. Le remède il est vrai, n'est pas toujours pratique : en effet, le possesseur, auquel on accorde le bénéfice de la bonne foi, conservera les fruits perçus, et si leur valeur dépasse la différence qui existe entre la plus-value et les impenses, le propriétaire sera loin d'avoir quelque intérêt à effacer, pour ainsi dire, la mauvaise foi du possesseur.

371. Sur un point, l'art. 555 paraît faire la même situation au possesseur de mauvaise foi et au possesseur de bonne foi. En aucun cas, sauf celui de composition amiable, la loi ne permet au propriétaire revendiquant de s'enrichir aux dépens du possesseur qu'il évince. Nous en concluons que le possesseur, même de mauvaise foi, aurait droit au remboursement de la plus-value résultant de ses travaux, si ces travaux ne sont pas susceptibles de destruction, comme cela se

produira, par exemple, s'ils consistent en défrichements [1].

Cette solution, du reste, s'appuie sur un autre motif : les dispositions de l'art. 555, en effet, ne sont pas applicables à toutes sortes de travaux, et ne régissent ni les réparations, ni les améliorations ; en d'autres termes, pour les impenses nécessaires, utiles ou voluptuaires, il faut se reporter aux règles posées plus haut, sur les effets de l'action en revendication ; on a vu que le propriétaire revendiquant devait, en face d'impenses utiles, rembourser la plus-value au possesseur de bonne foi ; or le défrichement d'une terre apparaît comme une amélioration, comme une impense utile, par cette raison même que le travail opéré s'est en quelque sorte confondu dans l'immeuble, identifié avec lui, sans pouvoir en être séparé. Tel est, du reste, le *criterium* qui permet d'établir une distinction entre les réparations ou améliorations, d'une part, et les constructions visées par l'art. 555, d'autre part. Il faut d'abord se mettre en garde contre une interprétation trop restrictive qui limiterait l'application de ce texte aux ouvrages entièrement nouveaux ; l'article se réfère aussi à des travaux reliés à des constructions déjà existantes [2], ou à des plantations faites comme complément de plantations plus anciennes. Pour limiter l'application de l'art. 555, il convient de se rattacher à une autre idée : l'art. 555 cesse de s'appliquer lorsque les travaux effectués s'ajoutent à des ouvrages préexistants et s'identifient avec eux d'une façon si intime que leur enlèvement devient impossible ou tout au moins irréalisable sans une atteinte aux ouvrages antérieurs, sans une altération de leur structure. Ce *criterium*, très sûr pour les impenses nécessaires, d'un emploi plus délicat pour les impenses utiles, n'est plus d'aucun usage pour la distinction des impenses voluptuaires ; mais, dans la pratique, il ne sera pas difficile de reconnaître cette dernière catégorie d'impenses [3].

372. γ. *Domaine d'application de l'art. 555.* L'art. 555 sta-

[1] Cass., 11 janv. 1887, précité.

[2] Aubry et Rau, II, § 204, p. 262, semblent exiger, pour l'application de l'art. 555, des travaux complètement nouveaux.

[3] Aubry et Rau, II, § 204, p. 262 ; Demolombe, IX, n. 685 et 686. — Cass., 22 août 1865, S., 66. 1. 153, D., 65. 1. 359.

tue en vue de constructions faites à l'insu du propriétaire du terrain. Si les constructions ont été faites à sa connaissance et surtout avec son autorisation. il ne pourra pas les revendiquer comme lui appartenant, ni forcer le constructeur à les démolir. Il intervient, en pareil cas, entre le propriétaire du terrain et le constructeur un contrat *sui generis,* en vertu duquel le propriétaire du sol autorise le constructeur à jouir des constructions pendant un certain temps, autant qu'elles dureront. Il y a création au profit du constructeur d'une sorte de droit de superficie (1).

373. D'autre part l'art. 555 ne s'applique pas à toutes les catégories de personnes qui construisent sur le terrain d'autrui. Le texte ne vise que le possesseur de bonne ou de mauvaise foi, et laisse en dehors de ses prévisions les représentants du propriétaire, administrateurs, mandataires ou gérants d'affaires qui entreprennent les travaux, non pas pour leur propre compte, ce que suppose l'art. 555, mais pour le compte d'autrui, dans l'intérêt du propriétaire du fonds; les rapports entre ce dernier et le constructeur sont alors régis par les principes du mandat et de la gestion d'affaire (2).

374. L'art. 555 ne concerne pas non plus les travaux effectués par un cohéritier, un coassocié ou un copropriétaire; on devra leur appliquer les règles qui naissent du contrat de société et celles qui découlent de l'état d'indivision; il est défendu, en principe, au communiste, de faire aucune innovation matérielle sans le consentement des autres copropriétaires; ceux-ci pourraient donc contraindre le constructeur

(1) V. en ce qui concerne les constructions faites par un emphytéote, Cass., 22 juin 1885, S., 88. 1. 130, D., 86. 1. 268, au sujet des constructions faites par un locataire. — Nancy, 2 mars 1889, S., 90. 2. 127. — Et au sujet de celles faites au vu et au su du propriétaire, V. Cass., 7 mai 1895, D., 95. 1. 319. — Limoges, 30 avril 1888, sous Cass., 1er avril 1890, D., 91. 1. 181. — Par une interprétation souveraine de l'accord intervenu entre le propriétaire du fonds et le constructeur, le juge pourrait décider que le bâtiment appartient au propriétaire du fonds sous la seule obligation de rembourser la plus-value, Agen, 3 mars 1902, D., 02. 2. 241. — A plus forte raison l'art. 555 est-il inapplicable lorsque les bâtiments ont été élevés sur le terrain d'autrui, en vertu d'un contrat, par une personne obligée à construire vis-à-vis du propriétaire du sol. — Cass., 18 fév. 1896, D., 96. 1. 240.

(2) Pau, 29 nov. 1874, S., 75. 2. 3. — Aubry et Rau. II, § 204, p. 262; Demolombe, IX, n. 691.

à enlever les ouvrages effectués, s'ils étaient contraires à la destination de la chose indivise ou susceptibles de leur causer une gêne, un préjudice (1).

375. Enfin l'art. 555 est encore étranger au cas où les travaux ont été effectués par un propriétaire sous condition résolutoire, lorsque l'événement de la condition se réalise. Les auteurs, d'accord sur ce point, se divisent ensuite sur la solution du problème dans cette hypothèse ; certains appliquent par analogie les dispositions de l'art. 555 (2) ; d'autres ne veulent accorder le droit d'imposer l'enlèvement des travaux que dans des cas tout à fait exceptionnels, eu égard aux circonstances de fait et à titre de dommages-intérêts (3); MM. Aubry et Rau soutiennent à l'inverse que l'événement de la condition résolutoire ayant pour effet de remettre les choses au même état où elles se trouvaient avant l'acquisition, le constructeur peut, en général, être contraint à enlever les constructions par lui faites ; cependant le caractère particulier de telle ou telle condition résolutoire et la nature des rapports existant entre les parties pourraient conduire à une solution contraire, surtout si le constructeur n'avait à sa charge ni faute, ni imprudence ; ainsi l'héritier soumis au rapport, le donataire dont la donation est révoquée pour cause de survenance d'enfant, auraient droit à la plus-value (4). Enfin M. Laurent autorise dans tous les cas le propriétaire à exiger l'enlèvement des travaux une fois la condition réalisée ; toutefois si la résolution, imputable au vendeur, était prononcée sur la demande de l'acquéreur, celui-ci pourrait obtenir une indemnité à titre de dommages-intérêts (5). A notre avis, la solution du problème comporte une autre formule ; malgré la résolution de l'acte translatif de propriété, l'acquéreur n'en avait pas moins, en vertu de son titre, un droit d'administration et de jouissance ; on a vu déjà que, pour résoudre dans

(1) Cpr. Dijon, 13 juin 1900, D., 1902. 2. 46.
(2) Demante, *Cours analytique*, II, p. 469, n. 392 *bis*, I.
(3) Demolombe, IX, n. 691 *bis*.
(4) Aubry et Rau, § 204, p. 262, note 18.
(5) Laurent, VI, n. 272 et 273. — Cpr. Cass., 29 mars 1852, S., 52. 1. 321. — Bordeaux, 17 janv. 1843, S., 43. 2 232.

la même hypothèse la difficulté relative à la restitution des fruits, on devrait laisser en dehors l'art. 550 et tout ramener, le cas échéant, à une question de dommages-intérêts; de même ici on devra tenir compte avant tout des règles relatives aux pouvoirs des administrateurs, maintenir par suite les travaux effectués dans les limites d'une bonne administration, et en faire rembourser le montant; par ailleurs il y aura seulement une question de dommages-intérêts à régler par les tribunaux qui, en ordonnant la réparation convenable du préjudice, devront aussi s'inspirer de cette maxime d'équité : Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Ainsi l'on doit écarter l'art. 555 dans l'hypothèse de la condition résolutoire, mais ce texte, au contraire, demeure applicable, lorsque l'acte translatif de propriété disparaît à la suite d'une action en nullité ou en rescision; l'hypothèse tombe sous l'application de l'art. 550, et les mêmes motifs commandent de la soumettre aussi à la règle de l'art. 555 (1).

376. L'art. 555 suppose la possession du terrain d'autrui; il ne s'applique qu'aux possesseurs, mais s'applique-t-il à tous, même à ceux qui n'ont pas l'*animus domini*, par exemple aux locataires, fermiers, emphytéotes, usufruitiers? En principe, l'art. 555 vise seulement les *tiers* possédant *animo domini*, et pouvant se trouver en conflit avec un propriétaire demandeur sur l'action en revendication. L'usufruitier, l'emphytéote, le preneur, ne sont pas, à proprement parler, « des tiers » vis-à-vis du nu propriétaire ou du bailleur; entre eux, des rapports particuliers existent, réglés de façon spéciale au titre de l'usufruit et au titre du bail (2). Mais quelle solution donner dans le cas où ces détenteurs précaires ont fait des constructions ou des plantations? Nous retrouverons plus tard la controverse relative à l'usufruitier (3). Dans l'hypothèse du bail ou de l'emphytéose, aucune difficulté n'existe si le contrat a prévu et réglé d'avance la question; mais, à défaut d'une clause insérée dans le bail sur les plantations et constructions faites au cours du bail par le preneur, la solu-

(1) *Contra* Laurent, VI, n. 272.

(2) Sur le principe Aubry et Rau, II, § 204, p. 263; Laurent, VI, n. 275.

(3) V. *infra*, n. 569 s.

tion du problème est assez délicate : le bailleur peut, sans aucun doute, contraindre le locataire ou le fermier à enlever les travaux effectués, puisque le preneur a l'obligation de rendre la chose dans l'état où il l'a reçue (art. 1730 et 1731 C. civ.) (1) ; d'autre part, il peut les conserver, malgré le preneur, en vertu de son droit d'accession, par application de la règle *superficies solo cedit* (2) et alors le preneur a droit à une indemnité (3). La divergence éclate seulement pour déterminer le montant de cette indemnité ; des auteurs soutiennent que l'indemnité est égale à la plus-value, qu'elle se règle comme si le preneur était un possesseur de bonne foi, le propriétaire ayant le choix entre le paiement de la plus-value ou le remboursement des impenses (4). D'après une autre opinion, le propriétaire devrait toujours rembourser intégralement le prix des matériaux et de la main d'œuvre ; le preneur, assimilé au possesseur de mauvaise foi quand on l'oblige à enlever les travaux, doit conserver cette situation pour le règlement de l'indemnité (5). Mais il semble préférable d'envisager autrement le problème : si le locataire, le fermier, sont placés dans la nécessité d'enlever les travaux à la demande du bailleur, c'est à raison des obligations spéciales inhérentes au contrat de bail et non par suite d'une assimilation avec le possesseur

(1) Aubry et Rau, II, § 204, p. 263. — Cass., 17 janv. 1870, S., 71. 1. 57, D., 70. 1. 293.

(2) La jurisprudence reconnait au preneur le droit d'enlever les constructions et plantations au cours du bail. — Cass., 22 nov. 1864, S., 65. 1. 41, D., 65. 1. 14. — Cass., 8 mai 1877, S., 77. 1. 297, D., 77. 1. 308. — Sur cette question, v. *infra*, *Traité du contrat de louage*, I, n. 501 s. On pourrait à la rigueur être tenté de soutenir qu'à l'expiration du bail, le preneur est libre d'enlever les travaux qu'il a édifiés, si le propriétaire ne lui offre pas une indemnité satisfaisante ; la présomption de l'art. 553 n'a plus ici sa place, puisque les ouvrages ont, sans aucun doute, été construits par un autre que le propriétaire du sol ; l'argument, toutefois, s'efface si l'on songe que l'art. 553 conduit à une seconde présomption, d'après laquelle toute construction appartient au propriétaire du sol, qu'elle ait été ou non édifiée par lui.

(3) Cass., 1er juillet 1851, S., 51. 1. 481, D., 51. 1. 249 ; 23 mai 1860, S., 60. 1. 792, D., 60. 1. 384 (sol impl.).

(4) Duranton, IV, n. 581 ; Proudhon, *De l'usufruit*, III, n. 1456 ; Troplong, *Du louage*, II, n. 354 ; Duvergier, *Du louage*, I, n. 457 s.

(5) Aubry et Rau, II, § 204, p. 263, note 22 ; Demolombe, IX, n. 693. — Cass., 1er juill. 1851, précité ; 3 janv. 1849, S., 49. 1. 95, D., 49. 1. 27. — Orléans, 20 avril 1849, S., 49. 2. 597, D., 50. 2. 1.

de mauvaise foi ; il n'y aurait dès lors aucune contradiction si, pour le règlement de l'indemnité, on se refusait à appliquer par analogie la disposition de l'art. 555, écrite pour le posseur de mauvaise foi ; la solution la plus sûre serait de laisser aux tribunaux le soin de fixer l'indemnité, en cas de contestation en s'inspirant du principe général d'équité qui doit régir les rapports du bailleur et du preneur ; le règlement de l'indemnité est encore une conséquence du contrat de bail, puisque sans la formation du contrat, le preneur n'aurait pas eu la détention du sol et n'aurait pas trouvé l'occasion d'élever ces constructions sur le terrain du propriétaire ; suivant les circonstances, le preneur devra se contenter d'une indemnité égale à la plus-value, ou obtenir une indemnité supérieure pouvant aller jusqu'au remboursement intégral des impenses (1).

377. Reste une dernière hypothèse assez embarrassante : un propriétaire a dépassé la limite de son terrain et, grâce à cet empiétement, étendu ses constructions sur le sol du voisin (2). L'art. 555, a-t-on dit, n'est pas applicable et le voisin peut toujours exiger la démolition de tout ce qui anticipe sur son fonds, sans distinction entre le cas où l'empiétement a été commis de mauvaise foi et celui où il serait le résultat d'une simple erreur sur les limites (3). Mais aucune raison ne

(1) Comme circonstances pouvant à cet égard faire impression sur l'esprit du juge, on pourra tenir compte de l'importance des constructions et plantations, de leur utilité plus ou moins sensible, des habitudes locales, des usages courants ; il est vrai que si l'usage était constant, on pourrait le considérer comme une clause tacite du bail.

(2) Il faut supposer, par ailleurs, que l'empiètement n'a pas été commis avec le consentement exprès ou tacite du voisin, ce qui supprimerait toute difficulté. — V. *supra*, n. 372. — Rouen, 28 juin 1898, sous Cass., 26 juill. 1841, S., 41. 1. 836, D., 41. 1. 306. Un arrêt a refusé toute action au propriétaire dans une espèce où les fondations seules entamaient le sous-sol du voisin, sans causer d'ailleurs aucun dommage et sans que les constructions extérieures aient dépassé la limite des deux propriétés. — Limoges, 2 juill. 1888, D., 92. 2. 285 ; solution assez difficile à justifier autrement que par l'adage « pas d'intérêt, pas d'action » ou par cette maxime d'équité : « *Malitiis non est indulgendum* ». — La cour de cassation s'est montrée plus rigoureuse et a sanctionné plus énergiquement le droit de propriété en posant en principe qu'il n'y avait pas à rechercher si le propriétaire avait un intérêt quelconque dans la mise en œuvre de son droit. — Cass., 25 octobre 1897, D., 97. 1. 575. — Cpr. aussi Cass., 11 avril 1864, D., 64. 1. 219, 15 juill. 1901, D., 02. 1. 52.

(3) Aubry et Rau, II, § 201, p. 265.

s'oppose à l'application de l'art. 555, puisqu'il s'agit d'un tiers ayant construit sur le terrain d'autrui ; dès lors une distinction devient nécessaire entre la bonne et la mauvaise foi du constructeur ; et, quelles que soient l'imprudence et la négligence de celui qui bâtit sans faire opérer un bornage préalable, il est cependant de bonne foi, s'il croit être propriétaire jusqu'à la limite des constructions élevées par lui, en vertu d'un titre au moins putatif (1). La difficulté, il est vrai, se complique quand le voisin conserve la partie du bâtiment élevée sur son fonds moyennant le paiement de la plus-value ou le remboursement des impenses ; on a proposé de recourir à une licitation du bâtiment (2) ; mais il n'y a pas indivision entre le constructeur et le voisin, chacun d'eux étant propriétaire d'une partie matériellement distincte de la construction ; il serait désirable pourtant de voir la maison tout entière appartenir à un seul ; toutefois, à défaut d'un arrangement amiable que la nécessité imposera le plus souvent, les deux voisins établiront une cloison séparative pour utiliser, comme ils le pourront, chacune des parties de la construction.

§ II. *De l'accession résultant du voisinage d'un cours d'eau.*

A. *De l'alluvion.*

378. L'art. 556 al. 1 nous donne la définition suivante de l'alluvion ou lai : « *Les attérissements et accroissements qui se* » *forment successivement et imperceptiblement aux fonds ri-* » *verains d'un fleuve ou d'une rivière, s'appellent* alluvion ».

L'alluvion est donc l'accroissement qu'un cours d'eau (fleuve, rivière ou même simple ruisseau) procure insensiblement aux fonds riverains par le limon qu'il dépose. L'œil ne peut saisir l'œuvre mystérieuse de la nature, *incrementum latens:* ce qui n'empêche pas qu'avec le temps l'accroissement produit par l'alluvion devient parfois très considérable.

(1) Sinon il est de mauvaise foi, spécialement si le propriétaire voisin a fait défense de bâtir ; le constructeur doit alors être forcé de démolir, même si l'empiétement est minime. Cass., 16 juin 1903, D., 04. 1. 36.

(2) Demolombe, IX, n. 691 *ter*. — Cpr. Besançon, 5 avril 1887, D., 88. 2. 222.

379. D'où viennent les matières dont l'accumulation sur un point de la rive produit l'alluvion? Nul ne le sait; *a nullo vindicari possent, quia unde veniant nescitur.* D'un autre côté, l'alluvion fait corps avec le terrain dont elle est venue augmenter l'étendue : la jonction est si intime qu'il est quelquefois difficile de dire ou l'alluvion commence. Aussi la loi, ratifiant l'œuvre de la nature, attribue-t-elle l'alluvion au riverain qu'elle a favorisé. « *L'alluvion profite au propriétaire » riverain, soit qu'il s'agisse d'un fleuve ou d'une rivière navi- » gable, flottable ou non; à la charge, dans le premier cas, » de laisser le marchepied ou chemin de halage, conformément » aux règlements* » (art. 556 al. 2).

380. Le *chemin de halage* et le *marchepied* ou *contre-halage* sont des voies établies sur les rives des cours d'eau navigables, et qui servent pour le halage des bateaux. Notre article a tort de les confondre; car le chemin de halage est établi sur l'une des rives, et le marchepied sur l'autre. Le terrain, affecté au chemin de halage et au marchepied (la largeur en est législativement fixée), appartient aux riverains; il est seulement grevé d'une servitude établie dans l'intérêt de la navigation. La servitude de halage est un peu plus onéreuse que celle de marchepied, car elle entraîne l'interdiction de planter à une plus grande distance. Quand l'alluvion se produit sur la rive d'un fleuve navigable, la limite du chemin de halage ou du marchepied, dont la largeur doit toujours rester la même, se déplace, et une portion ou même quelquefois la totalité du terrain qui se trouvait primitivement grevé de la servitude en est désormais affranchie.

381. L'art. 556 vise seulement l'alluvion proprement dite, le *lai* formé par les parcelles de terre que les eaux ont lentement apportées et « laissées » sur le bord de la rive.

L'art. 557 assimile à cette hypothèse un autre atterrissement, le *relai,* c'est-à-dire les portions de terrain que les eaux découvrent et abandonnent. En étudiant l'art. 557, on précisera la différence qui sépare le *relai* des autres atterrissements. Il convient ici d'examiner les conditions spéciales du *lai* (1), de l'alluvion proprement dite.

(1) V. *infra,* n. 393.

382. L'alluvion est le résultat d'une formation lente et insensible ; si l'accroissement de la rive se produisait brusquement, grâce à l'adjonction d'une masse de sable ou de limon que le courant aurait apportée tout d'un coup, ce serait l'hypothèse de l'avulsion régie par l'art. 559.

Lorsqu'au contraire la formation a été lente, progressive, insaisissable, elle a le caractère d'une alluvion, quand bien même, par ailleurs, elle serait apparue d'une façon soudaine et instantanée, par exemple lors de la retraite des eaux, après une inondation ; l'instantanéité de l'apparition ne modifie pas la nature de l'accroissement, déterminée par le seul mode de formation (1). Dans le doute, les tribunaux diront si, malgré l'apparition subite de l'alluvion, sa formation n'en a pas moins été lente et progressive.

383. On ne doit pas, d'autre part, s'attacher à la cause qui a pu provoquer l'alluvion ou favoriser sa formation.

L'art. 556 s'applique non seulement dans le cas où l'alluvion est l'œuvre exclusive de la nature, mais aussi lorsque des travaux exécutés dans le fleuve par des riverains ou par des tiers ont pu contribuer à la formation de l'accroissement (2).

Les riverains, en effet, sont autorisés à effectuer dans la rivière des travaux défensifs, et, si ces travaux favorisent la formation de terres d'alluvion, les autres riverains, libres d'user du même droit, auraient mauvaise grâce à se plaindre, à moins que les travaux n'aient empiété sur le lit du cours d'eau, ce qui permettrait d'exiger leur suppression. Quant aux travaux exécutés par des tiers, ils ne sauraient avoir pour conséquence de mettre obstacle à l'application de l'art. 556, lorsque les atterrissements se sont opérés par progrès insensibles ; peu importe qu'il s'agisse d'ouvrages entrepris par l'Etat dans une rivière navigable. L'Etat ne pourrait, même en invoquant la disposition contenue dans l'art. 30 de la loi

(1) Aubry et Rau, II, § 203, p. 251 ; Demolombe, X, n. 59 ; Laurent, VI, n. 288. — Cass., 1er mars 1832, D., 32. 1. 405 ; 15 juillet 1895, S., 95. 1. 344.

(2) Aubry et Rau, II, § 203, p. 250 ; Demolombe, X, n. 65 et 70 ; Laurent, VI, n. 283. — Cass., 15 juillet 1895, S., 95. 1. 344. — Cass., 6 août 1848, S., 49. 1. 614. — Rouen, 11 avril 1865, S., 67. 2. 186. — *Contra* Proudhon, *Du domaine de propriété*, n. 594.

du 16 septembre 1807, exercer provisoirement un droit sur les alluvions nées à la suite des travaux effectués dans la rivière (1). Nous verrons un peu plus loin (2) qu'une autre solution s'impose dans le cas où la formation de l'atterrissement a été instantanée.

384. L'existence de l'alluvion suppose une seconde condition, l'adhérence à la rive des terrains lentement formés. Il faut que l'alluvion n'appartienne plus au lit de la rivière, qu'elle fasse partie intégrante des terrains de la rive. La formation de l'alluvion a pour conséquence de prolonger la rive, de reculer la ligne qui la sépare du lit de la rivière. Les tribunaux apprécieront, en fait, si la condition d'adhérence est ou non réalisée : ainsi la condition ne serait pas remplie, si entre l'atterrissement et la rive coulait un bras de la rivière (3) ou s'il n'y avait pas incorporation avec la partie de la berge qui dépasse le niveau du fleuve (4); au contraire, la condition d'adhérence serait réalisée, quand bien même l'alluvion serait coupée dans sa partie supérieure par un filet d'eau intermittent (5). D'autre part, le lit de la rivière va jusqu'à la ligne atteinte par les plus hautes eaux sans débordement; tous les atterrissements situés au-dessous de cette ligne dépendent du lit de la rivière et ne sauraient être traités comme alluvions (6).

385. Ces conditions réunies, il n'y a pas à rechercher si l'alluvion s'est produite dans un fleuve, dans une rivière navigable ou flottable, ou dans un petit ruisseau; si l'art. 556 parle seulement des fleuves et rivières, cela tient à ce que d'ordinaire les alluvions ne se forment que dans les cours d'eau de quelque importance; mais si, en fait, une alluvion était née dans une petite rivière, aucun motif n'empêcherait d'en régler l'attribution, conformément à la règle posée dans

1. Laurent, VI, n. 284. — Cpr. Cass., 8 déc. 1863, D., 64. 1. 114; Agen, 2 mai 1876, D., 76. 5. 386.

2. V. *infra*, n. 393.

3. Cass., 2 mars 1826, S. chr., D., 26. 1. 273. — Bourges, 27 mai 1839, S., 40. 2. 29. — Grenoble, 23 déc. 1879, S., 80. 2. 292, D., 80. 2. 84.

4. Grenoble, 25 juil. 1866, S., 67. 2. 225.

5. Cass., 21 janv. 1836, S., 38. 1. 794, D., 38. 1. 286.

6. Orléans, 28 fév. 1850, S., 50. 2. 273, D., 50. 2. 65.

l'art. 556 (1). L'art. 7 de la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux ne laisse plus subsister aucun doute. Ce texte suppose formellement l'application de l'art. 556 aux rivières non navigables ni flottables (2). Quant aux torrents dont le cours est intermittent, ils ne donneront, en fait, jamais naissance à l'alluvion ; on y rencontrera plutôt les effets de l'avulsion.

386. L'alluvion ne profite qu'au propriétaire riverain, c'est-à-dire à celui dont la propriété joint immédiatement le fleuve et en forme la rive. Si donc un fonds est séparé d'un cours d'eau par un chemin public contigu à ce cours d'eau, l'alluvion profitera non à celui auquel appartient ce fonds, mais au propriétaire du chemin, c'est-à-dire à l'Etat, au département ou à la commune suivant les cas (3).

Il en est de même de l'alluvion qui se forme dans une rivière canalisée ou un canal : elle ne profite pas aux propriétaires voisins : c'est en effet un accroissement des digues artificielles ou des francs bords, considérés en principe comme une dépendance de la rivière ou du canal et appartenant, sauf preuve contraire, soit à l'Etat, soit au propriétaire du canal (4).

387. Mais si l'alluvion ne profite qu'aux riverains, elle leur profite toujours, quelles que soient la conformation de la rive et la nature des travaux effectués en bordure par le propriétaire ; peu importe que la rive soit formée de rochers plus ou moins escarpés et que l'alluvion s'attache au pied de ces rochers ; peu importe aussi que la propriété riveraine soit bordée de murs du côté du fleuve (5).

388. L'acquisition de l'alluvion au profit du riverain a lieu

(1) Aubry et Rau, II, § 203, p. 249 ; Laurent, VI, n. 282. — *Contra* Proudhon, *Du domaine public*, n. 1265 et 1273.

(2) L'art. 7 est ainsi conçu : « La propriété des alluvions, relais, atterrissements, îles et îlots qui se forment dans le cours d'eau non navigable et non flottable est et demeure régie par les dispositions des art. 556, 557, 559, 561 et 562 du code civil. Par ailleurs l'art. 39 de la même loi porte que les art. 556, 557, 560 et 562 continueront de s'appliquer aux rivières navigables et flottables ». V. *infra*, n. 417 s. sur cette loi.

(3) Cpr. Rennes, 13 mai 1884, sous Cass., 4 mai 1885, D., 85. 1. 294.

(4) Aubry et Rau, II, § 203, p. 249 ; Demolombe, X, n. 45. — Cass., 17 juillet 1844, S., 44. 1. 389. — Cpr. Cass., 30 mars 1840, S., 40. 1. 417.

(5) Aubry et Rau, II, § 203, p. 250 ; Demolombe, X, n. 48 ; Laurent, VI, n. 285. — Nancy, 31 mai 1842, P., 43. 1. 247.

de plein droit, aussitôt que l'alluvion existe, sans aucune formalité, sans aucun acte de possession de la part du riverain.

389. L'Etat restant libre d'opérer le curage des rivières, peut ainsi faire disparaître les alluvions en voie de formation, sans que les riverains puissent élever quelque réclamation ; ces derniers ne pourraient même chercher à consolider par des plantations les ensablements naissants, et porter ainsi quelque atteinte au service de la navigation (1).

Mais si l'alluvion complètement formée ne fait plus partie du lit de la rivière, l'Etat n'a plus la faculté, en opérant le curage, d'élargir le lit et d'anticiper sur les propriétés riveraines accrues par l'alluvion.

390. Comment se partage l'alluvion, quand elle s'est formée sur la même rive, en face de plusieurs propriétés riveraines contiguës? Le partage doit s'effectuer *pro modo latitudinis cujusque fundi, quæ latitudo prope ripam sit* (Inst. Just., § 22, *De rerum divisione,* II, 1), c'est-à-dire que l'on considère uniquement pour le partage de l'alluvion l'étendue de chaque fonds en longueur sur la rive, *quæ latitudo prope ripam sit,* sans aucun égard à sa profondeur. Chaque propriétaire a droit à toute la portion de l'alluvion qui fait face à son fonds.

Cette portion n'est pas déterminée par le simple prolongement des lignes qui divisent latéralement les héritages riverains, on doit abaisser des deux points extrêmes de chaque fonds sur l'ancienne rive des perpendiculaires sur la ligne qui représente la direction générale du cours d'eau et l'on attribue à chaque fonds la portion de l'alluvion comprise entre ces deux perpendiculaires. Si à raison des coudes du cours d'eau et des angles formés par sa direction, on pouvait d'un même point abattre deux perpendiculaires sur les deux côtés de l'angle du ruisseau faisant face à ce point, on devrait suivre la bissectrice de l'angle donné par les deux perpendiculaires abaissées (2).

391. L'alluvion devient une dépendance du fonds au profit

(1) Aubry et Rau, II, § 203, p. 251 ; Demolombe, X, n. 52 et 54 ; Laurent, VI, n. 285. — Cass., 8 déc. 1863, S., 64. 1. 29, D., 64. 1. 114. — Toulouse, 9 juin 1860, S., 60. 2. 471, D., 60. 2. 128. — Paris, 7 avril 1868, D., 68. 1. 115.

(2) Laurent, VI, n. 294. — Cpr. Aubry et Rau, II, § 203, p. 253.

duquel elle s'est produite. *Eodem jure, eadem causa et qualitate acquiritur et possidetur sicut ager cui adjectum est incrementum.* La portion de terrain que l'alluvion ajoute au fonds suit en tout le sort et les conditions du fonds dont elle devient l'accessoire.

L'augmentation produite par l'alluvion serait donc soumise au droit d'usufruit qui existerait sur le fonds (art. 596); elle serait soumise aussi aux droits de privilège ou d'hypothèque dont le fonds serait grevé (art. 2133); de même le legs du fonds riverain comprend l'alluvion formée après la confection du testament; l'alluvion est aussi comprise dans la substitution grevant le legs; l'alluvion qui vient accroître le propre de l'un des époux n'est pas un conquêt, ni réciproquement; de même l'alluvion d'un fonds dotal participe au caractère de ce fonds et est frappée d'inaliénabilité (1); l'usucapion de la propriété riveraine fait acquérir en même temps celle de l'alluvion quand bien même l'accroissement n'aurait eu lieu que dans les dernières années de la possession (2) et, lorsque la vente a eu lieu sous faculté de rachat, le vendeur qui exerce cette faculté reprend son immeuble avec les alluvions qui ont pu l'accroître depuis la vente sans supplément de prix. Par où l'on voit que l'alluvion profite à la *propriété,* plutôt qu'au *propriétaire riverain,* comme le dit l'art. 556. On se demande enfin si la vente du fonds riverain comprend l'alluvion : certes l'acquéreur a droit aux alluvions futures (3); quant aux alluvions *antérieures* à la vente, il appartient au juge de rechercher, d'après l'intention commune des contractants, si elles sont ou non comprises dans la vente (4).

(1) Le fermier ne pourrait profiter de l'alluvion survenue depuis le bail, sans une augmentation de prix; titulaire d'un droit personnel et limité par les clauses du contrat, il jouit seulement des choses comprises dans le bail. — Pothier, *Du contrat de louage,* n. 278; Duvergier, *Du louage,* I, n. 356; Chardon, *De l'alluvion,* n. 157; Garnier, *Régime des eaux,* I, n. 242. — *Contra* Troplong, *Du louage,* I, n. 190 et II, n. 240. — Proudhon, *Du dom. public,* IV, n. 1295. — Cpr. sur diverses distinctions Demolombe, X, n. 95; Duranton, VIII, n. 81.

(2) Laurent, VI, n. 295. — Cpr. Cass., 9 juin 1868, S., 68. 1. 312; 17 avril 1872, S., 72. 1. 194, D., 72. 1. 324, arrêts rendus en matière d'enregistrement.

(3) Laurent, VI, n. 295.

(4) Paris, 2 juillet 1831, S., 32. 2. 142, D., 31. 2. 252. — Orléans, 15 janv. 1886, D., 86. 2. 230.

B. *Des relais.*

392. Le mot *relai* vient du latin *relictum*. Il s'agit du cas où un cours d'eau se déplace graduellement, abandonnant insensiblement l'une de ses rives, qu'il laisse à découvert, pour se porter sur l'autre, qu'il envahit ; ou bien encore du cas où par suite de la diminution progressive du volume de l'eau de la rivière, un atterrissement, un *relai* se manifeste, en même temps que le lit de la rivière se rétrécit. Bien que cette hypothèse diffère sensiblement de celle de l'alluvion, la loi lui applique la même règle, et elle a été ainsi entraînée à la désigner sous le même nom dans la partie finale de l'art. 557 al. 1, ainsi conçue : « *Il en est de même des relais que forme* » *l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de ses* » *rives en se portant sur l'autre : le propriétaire de la rive* » *découverte profite de l'alluvion, sans que le riverain* » *du côté opposé y puisse venir réclamer le terrain qu'il a* » *perdu* ». Il y aura donc un riverain qui perdra une partie de son terrain, et l'autre qui verra sa propriété s'accroître.

Lorsque le relai résulte d'une diminution du volume des eaux et d'un rétrécissement du lit de la rivière, ou bien l'un des riverains gagne, sans que l'autre perde, ou bien les deux riverains profitent en même temps des relais qui se forment des deux côtés.

393. Un trait commun relie les art. 556 et 557 : le mode de formation de l'alluvion et des relais. En effet, la formation de l'alluvion et celle du relai doivent être lentes, insensibles, graduelles et progressives (1), peu importe par ailleurs l'origine et la cause de cette formation ; mais si l'atterrissement était né de façon perceptible et presque instantanée, on serait en dehors de l'hypothèse prévue par l'art. 557 ; comment dès lors fixer l'attribution de cet accroissement qui ne serait pas un relai? Plusieurs hypothèses doivent être distinguées : si l'atterrissement se trouve dans le lit du fleuve, il faut évidemment recourir aux art. 560 et 561 ; s'il est adhérent à la rive

(1) La condition d'adhérence à la rive doit aussi être réalisée ; sinon, en effet, tous les atterrissements qui sont compris dans le lit de la rivière sont régis par les art. 560 et 561, même si leur formation est lente et insensible.

et si sa brusque formation résulte de travaux ayant eu pour objet de resserrer le lit du fleuve, le terrain gagné ainsi sur les eaux continue d'appartenir à celui qui était propriétaire du lit de la rivière, solution analogue à celle des art. 560 et 561. Autre enfin serait le cas où un cours d'eau abandonnerait brusquement l'une de ses rives pour se porter sur l'autre; on appliquerait alors l'art. 563 relatif au changement de lit. Lorsqu'une rivière inonde les fonds voisins et les submerge pendant un temps plus ou moins long, les terrains inondés et remis à découvert par le retrait des eaux ne forment ni des relais ni des atterrissements; ils continuent d'appartenir à leurs anciens propriétaires[1], à moins que l'inondation n'ait déterminé le changement du lit de la rivière, hypothèse régie par l'art. 563.

394. Les lais et relais de mer ne profitent pas aux propriétaires riverains. « *Ce droit n'a pas lieu à l'égard des relais de la mer* », dit l'art. 557 al. 2. Ils appartiennent à l'Etat. La raison en est que le propriétaire riverain est ici l'Etat, auquel appartient le rivage de la mer; c'est donc à lui que doit profiter le lai ou le relai. Les propriétaires voisins n'y peuvent prétendre; ils sont riverains du rivage de la mer, mais non de la mer elle-même.

Même l'Etat, après avoir concédé aux riverains d'anciens relais, acquiert encore la propriété des relais nouveaux, de formation ultérieure et pourtant il semble que les concessionnaires soient devenus riverains de la mer; mais le texte de l'art. 557 § 2 ne permet pas de distinction et puis l'Etat, lors de la concession consentie, a dû se réserver la ligne extrême qui forme le rivage de la mer; les concessionnaires ne pourront prétendre aux relais nouveaux que si le droit leur a été accordé expressément ou virtuellement dans l'acte de concession.

395. L'application du principe posé dans l'art. 557 § 2 présente de grandes difficultés pratiques à l'embouchure des fleuves, lorsque les eaux de la rivière et celles de la mer se

[1] Cass., 20 janv. 1835, S., 35. 1. 333, D., 35. 1. 49; 29 juillet 1872, S., 74. 1. 56. — Grenoble, 11 déc. 1872, S., 73. 2. 199, D., 74. 5. 469.

confondent. Les alluvions et relais accrus sur les rives du fleuve restent soumis toujours aux art. 556 et 557 § 1, quand bien même le flux de la mer aurait provoqué ou facilité leur formation. La difficulté se ramène à la détermination précise du point où la rive du fleuve cesse, pour faire place au rivage de la mer, d'après une règle déjà posée, à laquelle il suffit de renvoyer (1).

C. *Règles spéciales aux étangs.*

396. « *L'alluvion n'a pas lieu à l'égard des lacs et étangs,* » *dont le propriétaire conserve toujours le terrain que l'eau* » *couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang,* » *encore que le volume de l'eau vienne à diminuer. — Réci-* » *proquement le propriétaire de l'étang n'acquiert aucun droit* » *sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir dans* » *des crues extraordinaires* » (art. 558).

Les lacs sont l'œuvre de la nature ; au contraire, c'est la main de l'homme qui fait les étangs. D'ailleurs l'eau des étangs, comme celle des lacs, est stagnante, et c'est pourquoi elle ne peut pas donner naissance à des alluvions.

La propriété de l'étang ou du lac conserve en principe des limites fixes et stables ; mais la détermination de ces limites n'est pas sans offrir quelques difficultés : où finit l'étang, où commencent les propriétés voisines qui le bornent ? Tel est le problème dont l'art. 558 nous donne une solution implicite dans son premier alinéa ; en effet, ce texte établit au profit du maître de l'étang une présomption légale, d'après laquelle la propriété de l'étang englobe tous les terrains que recouvre l'eau parvenue « à la hauteur de la décharge ». Cette présomption se justifie sans peine ; celui qui a entrepris la création de l'étang a dû veiller à ne commettre aucun empiètement sur les héritages de ses voisins et calculer la hauteur de la décharge, de façon que les eaux, même dans les crues ordinaires, ne puissent couvrir d'autres terrains que ceux dont il était propriétaire et dont il pouvait, à sa guise, modifier la destination (2).

(1) V. *supra*, n. 175.

(2) La coutume d'Orléans (art. 170) avait consacré en termes exprès cette con-

397. Un doute, il est vrai, s'est élevé sur le sens que comportent les mots de l'art. 558, sur la hauteur véritable que l'on doit assigner aux eaux pour la limite de l'étang. On a soutenu, à l'aide des expressions littéralement interprétées de l'art. 558, que la limite était fixée par la hauteur des eaux parvenues au seuil du déversoir (1); il vaut mieux s'appuyer sur les motifs mêmes qui justifient la présomption et considérer l'élévation des eaux pendant les crues ordinaires et périodiques de la saison d'hiver (2), phénomène prévu lors de la création de l'étang; du reste cette interprétation se concilie heureusement avec la disposition du dernier paragraphe de l'art. 558.

398. Lorsque l'on a déterminé ainsi la hauteur du plan des eaux, la présomption de l'art. 558 s'applique d'elle-même; la courbe que fournit l'intersection de ce plan avec le sol donne la limite séparative de l'étang et des propriétés riveraines. La présomption, toutefois, n'est pas absolue, et la preuve contraire est admissible; les propriétaires voisins de l'étang, en soutenant que le déversoir primitif a été soulevé, que l'eau, pour cette cause ou pour une autre, a empiété sur leurs terrains, peuvent contraindre le maître de l'étang à des travaux de protection pour ramener l'eau à son niveau premier; à l'appui de leurs prétentions, les riverains pourront produire des titres; mais, si, contrairement aux indications des titres, l'eau a été maintenue à une certaine hauteur pendant plus de trente ans, cette possession trentenaire sera plus puissante et assurera au maître de l'étang la propriété de tous les terrains couverts par l'eau arrivée à son niveau actuel (3).

399. La présomption légale de l'art. 558 suppose un étang dont les eaux sont maintenues en des limites fixes et invariables, au moyen d'un déversoir qui marque d'une manière

séquence naturelle du droit de propriété. « Il est loisible à chacun de faire en son héritage étangs, d'asseoir bondes, grilles et chaussées, pourvu qu'il n'entreprenne sur le chemin ou droit d'autrui ».

(1) Cass., 27 fév. 1860, S., 67. 1. 249, en note.

(2) Cass., 7 nov. 1841, S., 41. 1. 821; 13 mars 1867, S., 67. 1. 249, D., 67. 1. 270. — Laurent, VII, n. 243; Demolombe, X, n. 30.

(3) Cass., 17 déc. 1838, S., 39. 1. 499. — Pau, 31 janv. 1858, D., 58. 2. 204. — Demolombe, X, n. 43.

immuable la hauteur de la décharge et opère sans l'intervention de l'homme [1]; elle cesse, au contraire, de s'appliquer, si l'étang est muni d'un système de clapets mobiles permettant d'élever ou d'abaisser les eaux à volonté [2].

400. Une autre conséquence s'attache encore à la présomption indiquée et dérive implicitement aussi de l'art. 558 : Lorsque les eaux s'abaissent au-dessous de la décharge, les terrains découverts continuent d'appartenir au propriétaire de l'étang, sans pouvoir devenir l'objet d'une possession utile de la part des riverains [3], aussi longtemps au moins que l'étang conserve sa destination [4] d'une façon effective et sérieuse, ce qui est un point de fait soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond [5]. Dans le cas d'un changement de destination, la prescription du sol, autrefois en nature d'étang, commencerait à courir du jour où la modification s'est produite et non pas seulement à partir du moment où elle est devenue constante [6].

401. Si le propriétaire de l'étang conserve, malgré les actes de possession des riverains, la propriété des terrains découverts par la baisse des eaux, en revanche il n'acquiert pas la partie des héritages que les eaux peuvent couvrir pendant les crues extraordinaires; la décision de l'art. 558 est formelle sur ce point. Mais que décider si l'étang, par suite d'une cause quelconque, s'élargit peu à peu au détriment des fonds voisins, en rongeant leurs bords, ou par un excès de vase qui élève le niveau de l'eau ? Les riverains seraient en droit de se plaindre et d'obliger le propriétaire à ramener, par des travaux protecteurs, la décharge à son niveau primitif ; s'ils avaient gardé le silence et laissé les choses en l'état pendant

[1] Cass., 10 mars 1868, S., 68. 1. 332; 25 mars 1868, S., 69. 1. 72. — Laurent, VII, n. 242.

[2] Cass., 10 mars 1868, précité.

[3] Aubry et Rau, II, § 192, p. 181, note 5; Demolombe, X, n. 31; Laurent, VII, n. 245. — Cass., 23 avril 1811, S., 11. 1. 312; 11 mai 1835, S., 36. 1. 55; 18 janvier 1851, S., 52. 1. 315; 1er mars 1867, précité.

[4] Nancy, 4 déc. 1838, S., 39. 2. 457. — Demolombe, X, n. 33.

[5] Cass., 29 déc. 1846, S., 46. 1. 380, D., 46. 1. 206.

[6] Cass., 29 déc. 1845, S., 46. 1. 106, D., 46. 1. 40. — *Contra* Nancy, 4 déc. 1838, précité.

trente ans, les limites de l'étang se trouveraient en définitive reculées, et la possession trentenaire aurait déterminé la hauteur nouvelle de la décharge.

402. L'art. 558 ne permet pas de faire supporter au propriétaire de l'étang la responsabilité de tous les dommages que les eaux ont causés aux riverains (1). Si le préjudice a pour cause une crue extraordinaire, un cas de force majeure, le propriétaire de l'étang n'en est pas responsable, pourvu que par ailleurs il ait pris soin d'aménager son étang suivant les règles de l'art ; si, au contraire, le dommage provient de crues ordinaires et périodiques, les voisins ont le droit de réclamer une indemnité pour le préjudice passé et l'exécution de mesures propres à faire disparaître pour l'avenir tout dommage nouveau (2), c'est-à-dire l'abaissement de la décharge à une hauteur convenable pour arrêter tout empiétement des eaux sur les propriétés voisines.

D. *De l'avulsion.*

403. *Avulsion* vient de *avellere, avulsum,* arracher. Il s'agit du cas où une portion de terrain reconnaissable est *arrachée* par la violence des eaux, *vis repentina fluminis,* et transportée vers un champ inférieur ou sur la rive opposée. Ce cas diffère notablement de l'alluvion qui est formée elle aussi de matières enlevées par l'eau courante à des fonds supérieurs, mais sans qu'il soit possible de dire lesquels : *unde veniant nescitur.* Ici au contraire le propriétaire spolié peut reconnaître son bien. Cette hypothèse est régie par l'art. 559, ainsi conçu : « *Si un fleuve ou une rivière, navigable ou non, enlève* » *par une force subite une partie considérable et reconnais-*

(1) On a soutenu que le propriétaire était responsable de tous les dommages causés par les eaux, puisque l'étang n'existait que par son fait (Chardon, *De l'alluvion,* III, n. 22). Mais on oublie dans cette opinion qu'en créant un étang un propriétaire use d'une faculté légitime inhérente à son droit de propriété.

(2) Demolombe, X, n. 41 et 42 ; Laurent, VII, n. 253, prétend que dans l'hypothèse d'une crue ordinaire et périodique, le propriétaire de l'étang n'est jamais responsable puisqu'il est présumé propriétaire de tous les terrains couverts lors des crues normales de l'hiver ; mais la présomption n'est pas absolue, et, si elle est détruite par la preuve contraire, la responsabilité du maître de l'étang se trouvera engagée.

» *sable d'un champ riverain, et la porte vers un champ infé-*
» *rieur ou sur la rive opposée, le propriétaire de la partie*
» *enlevée peut réclamer sa propriété ; mais il est tenu de for-*
» *mer sa demande dans l'année : après ce délai, il n'y sera*
» *plus recevable, à moins que le propriétaire du champ auquel*
» *la partie enlevée a été unie n'eût pas encore pris possession*
» *de celle-ci* » (1).

404. Par ces mots « une partie de terrain *considérable* », la loi nous paraît désigner une portion de terrain digne d'être prise en considération. Le mot *considérable* est quelquefois employé dans ce sens (voyez le dictionnaire de l'Académie). S'il désignait un terrain d'une grande étendue, il ferait double emploi avec le mot *reconnaissable* qui vient immédiatement après.

405. L'hypothèse de l'avulsion suppose de toute nécessité un déplacement de terrain ; il ne conviendrait pas par suite d'appliquer, comme l'a fait un arrêt (2), l'art. 559 au cas où la formation d'un nouveau bras dans la rivière aurait coupé un fonds en deux et réuni l'une des parties à une île qui en était séparée autrefois par l'ancien bras de la rivière ; l'espèce rentrerait plutôt dans les prévisions de l'art. 562 et le propriétaire conserverait son droit sur les deux parties de son fonds même après le délai d'un an.

406. Il résulte de notre article que le propriétaire du terrain arraché en conserve la propriété ; d'où la conséquence qu'il peut le *réclamer*. Il y a quelque difficulté sur le sens du mot *réclamer*. La loi veut-elle dire que le propriétaire du terrain arraché a le droit de le conserver là où il se trouve, ou qu'il a seulement le droit de l'enlever ? Avant de rechercher la solution dont cette question est susceptible, remarquons que deux hypothèses bien distinctes peuvent se présenter : celle de la *juxtaposition* et celle de la *superposition*. Il y a

(1) L'art. 7 de la loi du 8 avril 1898 vise l'art. 559 ; ce texte est au contraire passé sous silence dans l'énumération de l'art. 39. Il n'en faut pas conclure que l'art. 559 ne doit recevoir désormais application que dans le cas où l'avulsion aurait été provoquée par une petite rivière. La loi du 8 avril 1898 n'a modifié ni directement ni indirectement la théorie de l'avulsion.

(2) Cass., 13 déc. 1830, D., 31. 1. 157.

juxtaposition, lorsque le terrain arraché, sans sortir du lit du cours d'eau, vient simplement adhérer à un autre fonds riverain le long duquel il se fixe. Il y a au contraire *superposition,* lorsque le terrain arraché sort du lit du cours d'eau, entre dans un fonds, riverain ou non, s'y fixe en un point quelconque. Notre article paraît bien avoir prévu l'une et l'autre hypothèse ; car si les mots « vers un champ inférieur » semblent se rapporter à la juxtaposition, les mots « sur la rive opposée » paraîtraient plutôt faire allusion à une superposition.

Cela posé, au cas de superposition, il paraît incontestable que le propriétaire du terrain arraché n'a que le droit de l'enlever ; car s'il pouvait en jouir en le laissant là où il est, non seulement il priverait le propriétaire du terrain recouvert de la jouissance de ce terrain, mais encore il faudrait lui reconnaître le droit de pénétrer chez ce propriétaire qui ne serait plus maître chez lui. Le mot *réclamer* de l'article 559 signifie donc, pour ce cas, que le propriétaire n'a que le droit d'enlever son terrain. Comment, dès lors, aurait-il un autre sens pour le cas de la juxtaposition ? En d'autres termes, la loi, statuant dans une même disposition sur l'hypothèse de superposition et sur celle de juxtaposition, dit que le propriétaire du terrain arraché peut le *réclamer.* Or, si *réclamer* signifie enlever au cas de superposition, comment signifierait-il autre chose pour le cas de juxtaposition? Tel est d'ailleurs le sens naturel du mot *réclamer,* qui serait assez mal choisi pour désigner le droit du propriétaire de conserver son terrain où il est. Ajoutons que si, au cas de juxtaposition, le propriétaire du terrain arraché pouvait le conserver là où il s'est fixé, le propriétaire riverain perdrait en cet endroit le bénéfice du voisinage du cours d'eau. La doctrine est divisée sur cette question (1).

L'action accordée au propriétaire pour reprendre les terres

(1) L'opinion émise au texte a cependant pour elle la grande majorité de la doctrine. — Aubry et Rau, II, § 203, p. 253 ; Demolombe, X, n. 104 ; Laurent, VI, n. 297 ; Proudhon, *Du dom. public,* IV, n. 1282 ; Daviel, *Cours d'eau,* I, n. 1545 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 119. — *Contra* Zachariæ, § 203, texte et note 12 ; Demante, II, n. 395 *bis,* II.

et débris provenant de son fonds est une action réelle, mais c'est une action mobilière ; ce sont des meubles, en effet, du sable, des pierres, de la terre qui seront enlevés ou repris.

407. Le propriétaire du terrain arraché n'est pas obligé de le reprendre ; souvent il y renoncera à cause des frais qu'entraînerait cette opération. Sa renonciation peut être expresse ou tacite. La loi voit une renonciation tacite dans le silence qu'il garde pendant un an. Après ce délai, il ne pourra donc plus réclamer son terrain, qui sera définitivement acquis au propriétaire du champ auquel la partie enlevée a été unie, pourvu toutefois que celui-ci en ait pris possession ; car l'acquisition de la propriété suppose la volonté d'acquérir, et aux yeux de la loi cette volonté n'est manifestée que par la prise de possession. Jusque là et même après l'expiration du délai d'un an, le propriétaire du terrain arraché peut le réclamer : sa renonciation tacite ne lui est pas opposable, tant que celui au profit duquel elle s'est produite n'a pas manifesté la volonté d'en profiter.

Lorsque la prise de possession a eu lieu, on n'a pas à rechercher si elle s'est produite avant ou après l'expiration de l'année et si la possession s'est prolongée pendant plus ou moins d'un an.

408. Le propriétaire du fonds peut-il contraindre le propriétaire des terrains détachés à se prononcer avant l'expiration de l'année ? On lui accorde d'ordinaire, à cet effet, une action interrogatoire, au moins dans le cas de superposition (1). M. Laurent, toutefois, refuse l'exercice de cette action au propriétaire du fonds (2) ; mais on ne voit pas pourquoi ce dernier ne pourrait faire cesser au plus tôt le préjudice que l'avulsion lui cause ; le propriétaire de la partie enlevée, qui refuserait, sur sommation, de se prononcer, commettrait une imprudence assez grave pour motiver une condamnation à des dommages-intérêts le jour où il viendrait réclamer les débris arrachés

(1) Demolombe, X, n. 410; Proudhon, *Du dom. public*, IV, n. 1283; Daviel, *Cours d'eau*, I, n. 155; Aubry et Rau, II, § 203, p. 255, note 27 ; ce dernier auteur limite avec raison l'action interrogatoire au cas de *superposition*, c'est-à-dire à l'hypothèse où l'exercice de l'action présente un intérêt actuel.

(2) Laurent, VI, n. 298 et 300, *in fine*.

de son héritage ; ne vaut-il pas mieux, dès lors, permettre aux tribunaux de prévenir le mal en mettant le propriétaire, dépossédé par l'avulsion, en demeure de se prononcer et en autorisant, sur son refus, le propriétaire du fonds, soit à déblayer le terrain recouvert des débris entraînés par les eaux, soit même à le cultiver dans l'état où il se trouve ?

409. Qu'il réclame ou non son terrain, le propriétaire ne peut pas être condamné à des dommages et intérêts pour le préjudice que l'avulsion a pu causer aux propriétaires voisins, soit à celui vers ou sur le fonds duquel le terrain arraché est venu se fixer, soit aux autres. L'*avulsion* est le résultat d'un cas fortuit ; or, personne ne répond des cas fortuits (1).

Mais le propriétaire du terrain arraché serait responsable conformément au droit commun, du préjudice qu'il causerait par sa faute en reprenant son terrain, c'est-à-dire du dommage que provoquerait l'opération de l'enlèvement.

E. *Des îles et îlots.*

410. Une île peut se former dans un cours d'eau, soit par l'effet d'un abaissement permanent du niveau de l'eau, qui met à nu une partie du lit, soit par suite de l'accumulation, sur un même point, de matières charriées par l'eau courante, qui arrive à former un exhaussement dépassant le niveau de l'eau. Dans ce dernier cas, le terrain qui émerge à la surface, porte plus particulièrement le nom d'*atterrissement*.

« *Les îles, îlots, atterrissements, qui se forment dans le lit* » *des fleuves ou des rivières navigables ou flottables, appar-* » *tiennent à l'État, s'il n'y a titre ou prescription contraire* » (art. 560).

« *Les îles et atterrissements qui se forment dans les rivières* » *non navigables et non flottables appartiennent aux proprié-*

(1) Aubry et Rau, II, § 203, p. 254, note 23 ; Laurent, VI, n. 299. — *Contra* Demolombe, X, n. 112, cet auteur soutient à tort, sur le fondement des lois romaines 1, 9, § 1, 2 et 3, Dig., *De damn. infect.*, XXXIX, 2 ; l. 5, § 4, Dig., *Ad exile*, X, 4. ; l. 8, Dig., *De incedd.*, XLIX, 97) et sur le principe de l'art. 1382 que le propriétaire des terrains enlevés ne peut reprendre ces débris qu'à charge de réparer le dommage causé par l'avulsion ; mais les lois romaines règlent d'autres hypothèses que celle de l'avulsion et l'art. 1382 doit rester sans application puisqu'il s'agit d'un cas de force majeure.

» *taires riverains du côté où l'île est formée : si l'île n'est pas* » *formée d'un seul côté, elle appartient aux propriétaires* » *riverains des deux côtés, à partir de la ligne qu'on suppose* » *tracée au milieu de la rivière* » (art. 561).

411. Pothier dit que les îles doivent appartenir à celui qui est propriétaire de la rivière où elles se sont formées. Notre législateur paraît être parti de ce principe. Il attribue à l'Etat les îles qui se forment dans les cours d'eau dépendant du domaine public (fleuves et rivières navigables ou flottables), parce que ces cours d'eau appartiennent à l'Etat. Il attribue aux propriétaires riverains les îles qui se forment dans les cours d'eau ne dépendant pas du domaine public, sans doute parce qu'il considère ces cours d'eau comme appartenant aux propriétaires riverains. L'art. 561 fournissait ainsi un argument très puissant à ceux qui soutenaient dès avant la loi du 8 avril 1898 que le lit des petites rivières appartient aux riverains.

Toutefois, pour atténuer la portée de l'argument, on disait que l'île d'une rivière navigable fait partie du domaine privé, tandis que la rivière est dans le domaine public ; l'île ne serait donc pas, à tous égards, considérée comme une dépendance intime, comme l'accessoire du lit. En droit romain, les îles étaient regardées plutôt comme l'accessoire et comme le prolongement de la rive ; l'art. 561, ajoutait-on, est bien resté conforme à ce principe, et si l'art. 560 y a dérogé, en faveur de l'Etat pour les rivières navigables et flottables, c'est dans l'intérêt supérieur de la navigation, motif que les orateurs du tribunat ont pris soin de faire ressortir (1). Malgré tout, l'art. 561 avait bien sa valeur dans la controverse que soulevait la question de la propriété des petites rivières (2).

412. L'île qui se forme dans un cours d'eau navigable ou flottable fait partie du domaine privé de l'Etat. A ce titre, elle est aliénable et prescriptible, ainsi que le reconnaît d'ailleurs formellement l'art. 560.

Les îles ne deviennent ainsi aliénables et prescriptibles

(1) V. Locré, *Lég.*, VIII, p. 186, n. 19 ; p. 207 et 208, n. 17. — Cpr. l. 30 pr. et l. 65, § 2, Dig., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1 ; l. 1, § 6, Dig., *De flumin.*, XLIII, 12.

(2) V. *infra*, n. 422 s.

que du jour où elles émergent réellement du lit du fleuve, lorsqu'elles sont au-dessus du niveau le plus élevé des eaux, dans leur état normal, sans débordement; cette condition est nécessaire pour qu'elles passent du domaine public dans le domaine privé de l'Etat (1).

Si un conflit s'élève entre l'Etat et un tiers qui prétend avoir acquis par prescription la propriété de l'île, il appartient aux tribunaux de trancher le débat, et, à ce sujet, de fixer l'époque exacte de la formation de l'îlot (2).

413. L'art. 561 indique quels sont les riverains qui ont droit à l'île formée dans un cours d'eau non navigable ni flottable. Il faut tracer par la pensée une ligne au milieu de la rivière. Si l'île n'est pas traversée par cette ligne, elle appartient toute entière aux propriétaires riverains du côté où elle se trouve. Dans le cas contraire, les propriétaires de chaque rive ont droit à la portion de l'île qui se trouve de leur côté.

Ce premier partage opéré entre chaque rive, il peut y avoir lieu à un autre partage entre plusieurs propriétaires de la même rive, lorsque l'île s'est formée en face de plusieurs fonds. Dans ce cas, chaque propriétaire prend dans l'île ou dans la portion de l'île afférente à sa rive, la partie qui fait face à son fonds. Il suffit pour la déterminer, au moins quand la rivière coule en ligne droite dans la partie où s'est formée l'île, d'abaisser, sur la ligne que l'on suppose tracée au milieu de la rivière, des perpendiculaires ayant leur origine au point de séparation des diverses propriétés riveraines, sur la rive même; chaque propriété prend la portion de l'île comprise entre les deux perpendiculaires qui partent des extrémités de ses fonds. En un mot, comme le dit la loi romaine, le partage s'opère entre les propriétaires riverains du même côté, *pro modo latitudinis cujusque fundi, quæ latitudo proper ripam sit,* c'est-à-dire proportionnellement à l'étendue de chaque fonds en longueur sur la rive.

La règle est la même que pour le partage de l'alluvion (3).

(1) Grenoble, 25 juill. 1866, S., 67. 2. 225. — Lyon, 19 juill. 1877, S., 77. 2. 258, D., 78. 2. 254. — *Sic* Aubry et Rau, II, § 203, p. 256; Laurent, VI, n. 303.

(2) Cons. d'Etat, 14 déc. 1870, S., 73. 2. 64, D., 72. 3. 48.

(3) Cons. d'Etat, 30 nov. 1869, S., 70. 2. 355.

414. L'île ou la portion d'île attribuée à chaque propriétaire riverain d'après les règles qui viennent d'être indiquées est considérée comme un prolongement de sa propriété, et susceptible à ce titre de donner droit aux autres îles qui pourraient se former dans le voisinage et de s'accroître par l'alluvion qui se prolongerait plus loin que la ligne médiane du fleuve, ou la ferait déborder en face des fonds appartenant à d'autres riverains.

415. L'île attribuée au riverain et considérée comme le prolongement de sa propriété en devient une dépendance au même titre et de la même façon que l'alluvion; on doit étendre, par suite, à cette hypothèse, les solutions déjà indiquées (1).

416. Aux termes de l'art. 562 : « *Si une rivière ou un* » *fleuve, en se formant un bras nouveau, coupe et embrasse* » *le champ d'un propriétaire riverain, et en fait une île, ce* » *propriétaire conserve la propriété de son champ, encore que* » *l'île se soit formée dans un fleuve ou dans une rivière navi-* » *gable ou flottable* ». C'était à peine utile à dire.

L'art. 562 vise l'hypothèse où le fleuve, en se créant un nouveau bras, a laissé intacte la portion de terre entourée d'eau; mais il n'en serait plus de même si l'île s'était formée lentement par l'accumulation de matières enlevées aux propriétés riveraines; on serait alors dans l'hypothèse des art. 560 et 561, quand bien même on pourrait établir d'une façon incontestable la provenance des terres enlevées par la lente érosion des eaux (2).

F. *Du lit abandonné.*

417. En droit romain, le lit abandonné, *alveus fluminis derelictus*, se partageait entre les propriétaires riverains *pro modo latitudinis cujusque prædii* (L. 7, § 51), *De adquir. modo rer. dom.*, XLI, 1, sans que l'on eût à distinguer suivant que la rivière était ou non navigable. Les rédacteurs du code

(1) Demolombe, X, n. 155 s. — V. *supra*, n. 390. — Orléans, 15 janv. 1886, D., 86. 2. 230.

(2) Lyon, 22 juin 1839, S., 41. 2. 343, D., 40. 2. 230; Demolombe, X, n. 118; Laurent, VI, n. 302.

civil avaient, par un motif d'équité, introduit une solution bien différente ; sans distinguer non plus entre les rivières navigables ou non, l'ancien art. 563 attribuait, à titre d'indemnité, le lit abandonné au propriétaire des fonds envahis par le nouveau cours de la rivière (1).

On avait, avec beaucoup de raison, critiqué la règle posée dans ce texte : le partage du lit abandonné ne pouvait guère s'opérer entre les propriétaires, souvent nombreux, des fonds envahis, sans contestations regrettables ; la portion de terrain attribuée à chaque ayant droit, lorsque l'on avait eu recours au partage en nature et non à une licitation, était le plus souvent enclavée, si bien que pour lui procurer une issue sur la voie publique, il fallait dépenser plus que ne valait le terrain.

Et puis pourquoi donner toujours et nécessairement une indemnité au propriétaire des fonds envahis ? S'ils perdent une partie de leurs terrains, ils gagnent, en revanche, le voisinage de la rivière ; les propriétés traversées par un cours d'eau ont, en général, plus de valeur et sont plus recherchées ; la rivière donne parfois plus qu'elle n'ôte aux propriétaires des fonds envahis (2).

418. La règle contenue dans l'art. 563 avait, par ailleurs, conduit la jurisprudence à décider que le lit des petites rivières n'était pas la propriété des riverains ; s'il en avait été autrement, la loi n'aurait pu l'attribuer aux propriétaires des fonds envahis, car elle les aurait indemnisés avec le bien d'autrui. Les arrêts avaient placé le lit des petites rivières dans la catégorie des *res communes* ou *res nullius*, des choses soumises à l'art. 714 C. civ. (3).

La solution de la jurisprudence était très vivement combattue en doctrine : la controverse relative à la propriété du

(1) L'ancien art. 563 était ainsi conçu : « Si un fleuve ou une rivière navigable flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé ».

(2) V. la première édition, n. 418.

(3) Cass., 20 février 1888, S., 88. 1. 477, D., 88. 1. 462 ; 1er avril 1890, D., 91. 1. 291. — Pau, 13 juin 1890, S., 91. 2. 211. — Cpr. au point de vue historique Championnière, *op. cit.*

lit des petites rivières n'avait pas fourni moins de quatre systèmes; nous avions indiqué dans la première édition notre préférence pour celui qui attribue la propriété aux riverains (1).

Il est inutile de s'attarder maintenant sur ces questions : une loi du 8 avril 1898 est venue réglementer à nouveau la matière; elle met fin aux controverses anciennes et contient, par ailleurs, d'intéressantes innovations.

419. La loi du 8 avril 1898 *sur le régime des eaux* est encore un extrait, comme d'autres lois antérieures, par exemple celle du 21 août 1881 sur les servitudes, du projet de code rural. Elle a, dans un titre premier consacré aux *eaux pluviales* et *aux sources,* modifié les art. 641, 642 et 643 C. civ.; nous retrouverons cette partie de la loi dans la matière des servitudes (2). La loi s'occupe ensuite des *cours d'eau non navigables et non flottables* (titre II), *des rivières flottables à bûches perdues* (titre III) des fleuves et rivières *navigables ou flottables* (titre IV) (3).

Beaucoup d'articles se réfèrent à la police des eaux, au curage, aux concessions et autorisations, à des matières qui rentrent dans le droit administratif et doivent demeurer, par suite, en dehors de notre étude.

420. Au point de vue du droit civil, les rivières flottables à bûches perdues sont assimilées par la loi aux cours d'eau non navigables et non flottables (4) de sorte qu'il nous suffira de distinguer deux catégories de cours d'eau.

Les fleuves et les rivières navigables ou flottables avec bateaux, trains ou radeaux, font toujours partie du domaine public depuis le point où ils commencent à être navigables ou flottables jusqu'à leur embouchure.

La loi prend soin de préciser en indiquant (art. 34) que le

(1) V. première édition, n. 424.

(2) V. *infra,* n. 821 s.

(3) La loi de 1898 est applicable, comme le serait une loi interprétative, aux instances en cours au moment de sa promulgation. — Aix, 7 août 1902, D., 03. 2. 149. — Grenoble, 31 oct. 1899, D., 1901. 2. 350. — Cass., 16 fév. 1904, *Gaz. Pal.,* 04. 1. 335.

(4) ART. 30 : « Les rivières et cours d'eau flottables à bûches perdues sont soumis aux dispositions contenues dans le titre précédent et aux dispositions spéciales suivantes ».

domaine public comprend aussi : « 1° *Les bras même non* » *navigables et non flottables, lorsqu'ils prennent naissance au-* » *dessous du point où les fleuves et rivières commencent à être* » *navigables ou flottables ;* 2° *Les noues et baies qui tirent leurs* » *eaux des mêmes fleuves et rivières* ». Quant aux dérivations ou prises d'eau artificielles, elles « *ne font pas partie du do-* » *maine public, à moins qu'elles n'aient été pratiquées par l'Etat* » *dans l'intérêt de la navigation ou du flottage. Ces dériva-* » *tions sont régies par les dispositions des actes qui les ont* » *autorisées* » (art. 35).

La loi s'est par ailleurs très nettement expliquée sur la situation des cours d'eau non navigables et non flottables auxquels il faut assimiler, comme il a été dit, les rivières flottables à bûches perdues.

Aux termes de l'art. 3, la propriété du lit de ces cours d'eau appartient aux riverains chacun en droit soi ; la répartition entre les propriétés riveraines doit s'opérer suivant une règle analogue à celle indiquée à propos du partage de l'alluvion ; on commence par imaginer une ligne tracée au milieu du cours d'eau et, sur cette ligne, on abaisse les perpendiculaires partant des points extrêmes de chaque propriété.

Cette attribution de propriété peut se trouver modifiée soit par titre, soit par effet de la prescription (1).

La loi tire immédiatement une conséquence du principe posé : « *Chaque riverain a le droit de prendre dans la partie* » *du lit qui lui appartient tous les produits naturels et d'en* » *extraire la vase, du sable et des pierres, à la condition de ne* » *pas modifier le régime des eaux et d'en exécuter le curage* » *conformément aux règles établies par le chapitre 3 du présent* » *titre* » (art. 3, § 3). On accordait parfois ce droit aux riverains, tout en leur refusant la propriété du lit du cours d'eau (2), ce qui n'était pas logique. Un arrêt avait, au contraire, appli-

(1) ART. 3, § 1 et 3 : « Le lit des cours d'eau non navigables et non flottables appartient aux propriétaires des deux rives. Si les deux rives appartiennent à des propriétaires différents, chacun d'eux a la propriété de la moitié du lit suivant une ligne que l'on suppose tracée au milieu du cours d'eau, sauf titre ou prescription contraire ».

(2) Demolombe, X, n. 152.

qué avec rigueur la solution admise en jurisprudence sur la propriété des petites rivières, en décidant que les sables, limons, galets et graviers contenus dans le lit d'un torrent, appartenaient au premier occupant, riverain ou non (1). Ce résultat, logique mais assez choquant en équité, des règles anciennement admises est écarté par une disposition formelle de la loi de 1898.

421. La jurisprudence, comme conséquence du principe admis par elle, refusait aux riverains tout droit à une indemnité lorsque le terrain que traversait la rivière était exproprié pour cause d'utilité publique ou lorsque la rivière était déclarée navigable.

Les art. 49 et 50 de la loi de 1898 réglementent l'hypothèse d'une rivière déclarée navigable (2). Ces textes accordent très certainement aux riverains une indemnité, mais seulement, semble-t-il, dans le but de réparer le préjudice causé aux riverains par la nécessité de supporter les servitudes de halage et de marchepied. La place occupée par les art. 49 et 50, leur teneur, et, en particulier, les expressions du dernier de ces textes ne permettent guère de croire que le législateur ait songé à payer, en pareil cas, aux riverains la valeur du lit de la rivière, qui, cependant, par l'effet de la déclaration de navigabilité, va passer du patrimoine d'un particulier dans le domaine public de l'Etat. Une véritable expropriation se réalise ainsi, sans que le législateur ait eu l'intention d'accorder une indemnité (3).

(1) Pau, 13 juin 1890, S., 91. 211.

(2) ART. 49 : « Lorsqu'une rivière ou partie de rivière est rendue navigable ou flottable et que ce fait a été déclaré par un décret, les propriétaires riverains sont soumis aux servitudes établies par l'art. 46; mais il leur est dû une indemnité proportionnelle aux dommages qu'ils éprouvent, en tenant compte des avantages que l'établissement de la navigation ou du flottage peut leur procurer. — Les propriétaires riverains d'une rivière navigable ou flottable auront également droit à une indemnité lorsque, pour les besoins de la navigation, la servitude de halage sera établie sur une rive où cette servitude n'existait pas ».

ART. 50 : « Les contestations relatives à l'indemnité due aux propriétaires à raison de l'établissement de la servitude de halage sont jugées en premier ressort par le juge de paix du canton. S'il y a expertise il ne peut être nommé qu'un seul expert ».

(3) L'opinion contraire a cependant été soutenue par les premiers auteurs qui ont commenté la loi de 1898. V. Graux et Renard, *Lois nouvelles*, 1898, p. 537.

Faut-il admettre, en face d'une expropriation pour cause d'utilité publique, que les riverains ne pourront réclamer l'indemnité, pas plus qu'avant la loi de 1898? Ce serait évidemment un échec très grave au principe déposé dans l'art. 3; mais, si l'on refuse une indemnité pour la valeur du lit lorsque la rivière est déclarée navigable, comment concilier les deux situations? Une explication se présente toutefois à l'esprit.

L'expropriation pour cause d'utilité publique risque d'enlever aux riverains tout le bénéfice de la rivière que l'on a l'intention, sans doute, de transformer, de déplacer ou même de faire disparaître. La déclaration de navigabilité laisse, au contraire, aux riverains tous les avantages du cours d'eau, avantages accrus même parfois dans une certaine mesure; ils ne perdent qu'un droit en somme assez insignifiant et fort peu utile en pratique, surtout dans une rivière devenue en fait navigable.

Cependant les riverains se trouvent privés du libre exercice du droit d'irrigation, mais il n'y avait là qu'une faculté pour eux et, comme avant la loi de 1898, ils n'auront droit de ce chef à une indemnité que si, au moyen de barrages ou de travaux quelconques, ils ont exercé en fait le droit d'irrigation (1).

Cette hypothèse mise à part, lorsque la rivière est déclarée navigable, la seule indemnité accordée aux riverains, en dehors de celle prévue par la loi du 5 avril 1829, est réglée par les art. 49 et 50 de la loi de 1898. En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, les riverains ont le droit d'exiger, pour la valeur du lit de la rivière, une indemnité fixe, conformément à la loi du 3 mai 1841 (2). Il faut supposer pour cela, bien entendu, que l'expropriation aboutit à l'occupation effective, pour cause d'utilité publique, du lit de la rivière (3).

(1) Demolombe, X, n. 146; en outre la loi du 5 avril 1829 accorde expressément une indemnité pour la privation du droit de pêche.

(2) Aix, 7 avril 1902, D., 03. 2. 149. — Trib. civ. Lyon, 12 juin 1903, *Mon. Lyon*, 31 juillet 1903.

(3) On a fait remarquer que la solution n'était pas sans inconvénient; pour un intérêt parfois minime, lorsqu'il s'agira d'établir, par exemple, un pont de chemin

La loi de 1898 laisse entière la disposition de l'art. 103 de la loi du 3 frimaire an VII, laquelle soustrait à l'impôt toutes les rivières sans exception.

422. Par ailleurs, si les riverains ont la propriété du lit de la rivière, ils n'ont pas un droit aussi étendu sur l'eau courante. La pente du cours d'eau, c'est-à-dire la puissance motrice de la rivière, n'appartient pas aux riverains ; l'administration est chargée d'intervenir pour réglementer l'utilisation de la force motrice, par exemple lors de la création d'une usine. Cette solution, unanimement admise avant la loi de 1898, soit par application du principe consacré en jurisprudence, soit par le souci de sauvegarder l'intérêt général (1), est formellement contenue dans l'article 2 de la loi nouvelle : « *Les riverains n'ont le droit d'user de l'eau cou-* » *rante qui borde ou qui traverse leurs héritages que dans les* » *limites déterminées par la loi. Ils sont tenus de se confor-* » *mer dans l'exercice de ce droit aux dispositions des règle-* » *ments et des autorisations émanées de l'administration* » (2).

423. La loi, enfin, se préoccupe de réglementer l'hypothèse d'un changement survenu dans le lit de la rivière, soit naturellement, soit par suite de travaux de détournement. Il importe de distinguer suivant qu'il s'agit : 1° de rivières navigables ou flottables avec bateaux, trains ou radeaux ; 2° de cours d'eau non navigables et non flottables ou de rivières flottables à bûches perdues.

Le premier cas est réglementé par les dispositions nouvelles de l'art. 563 et par l'art. 38 de la loi (3).

Lorsque le changement survenu dans le lit de la rivière a une cause naturelle, le lit abandonné demeure dans le

de fer sur le cours d'eau, il faudra recourir à toute la procédure d'expropriation. V. Graux et Renard, *Lois nouvelles*, 1898, p. 537.

(1) V. la première édition, p. 281, note 1. — Cpr. Cass., 14 févr. 1833, D. *Rép.*, v° *Eaux*, n. 214. — Cass., 23 nov. 1858, D., 59. 1. 18. — Cons. d'Etat, 10 avril 1866, D., 69. 3. 63.

(2) V. *infra*, n. 864 sur le droit de libre circulation en bateau.

(3) Par un défaut de méthode regrettable, l'article 563 nouveau règle seulement le cas où une rivière *navigable* se forme *naturellement* un nouveau cours en abandonnant son ancien lit ; les règles applicables aux autres hypothèses ne sont pas introduites dans le code civil, il faut les chercher dans l'un des articles de la loi de 1898.

domaine de l'Etat, il n'est pas attribué aux propriétaires des fonds occupés par le nouveau cours du fleuve. En réalité, le lit abandonné cesse de faire partie du domaine public ; par une désaffectation nécessaire, il passe dans le domaine privé, devient aliénable et même va se trouver soumis à une aliénation presque immédiate. Très heureusement inspiré, l'art. 563 assimile en quelque sorte le lit abandonné à un délaissé de chemin. Les propriétaires riverains ont, en effet, un droit de préemption pour acquérir, chacun en droit soi, la portion du lit qui constitue comme le prolongement de leurs propriétés (1). Les riverains semblent tout désignés pour acquérir l'ancien lit de la rivière ; c'est à eux, sans conteste, que le terrain est le plus utile et ce sont eux, par suite, qui pourront en offrir le meilleur prix.

La valeur des parcelles à acquérir est déterminée d'abord par des experts, que désigne le président du tribunal de la situation des terrains mis en vente, à la requête du préfet du département. Puis le préfet prévient les riverains par une notification officielle de la faculté qui leur est laissée d'acquérir les parcelles du lit abandonné ; il indique en même temps les prix fixés par les experts. La loi accorde un délai de trois mois aux riverains pour exercer leur droit de préemption. Le délai de trois mois expiré, les parcelles qui n'ont pas été acquises par les riverains aux prix fixés par les experts sont vendues d'après les règles qui président aux aliénations du domaine de l'Etat.

L'Etat, toutefois, ne conserve pas le produit des aliénations sous quelque forme qu'elles aient été réalisées. Le prix des ventes est distribué, à titre d'indemnité, aux propriétaires des fonds occupés par le nouveau cours, dans la proportion de la valeur du terrain enlevé à chacun d'eux. Ainsi, les propriétaires des fonds envahis reçoivent encore une indemnité, mais au lieu d'une indemnité en nature comprenant la propriété de l'ancien lit, ils recevront désormais une somme d'argent, ce qui permet d'éviter toutes les complications aux-

(1) Pour préciser la parcelle que chaque riverain a le droit d'acquérir par préemption, on applique la règle suivie dans le partage de l'alluvion, ou, ce qui revient au même, dans la délimitation de la propriété du lit des petites rivières.

quelles pouvait donner lieu la règle contenue dans l'ancien art. 563.

Le nouveau texte est ainsi conçu : Art. 563 : « *Si un fleuve ou* » *une rivière navigable ou flottable se forme un nouveau cours* » *en abandonnant son ancien lit, les propriétaires riverains* » *peuvent acquérir la propriété de cet ancien lit, chacun en droit* » *soi, jusqu'à une ligne qu'on suppose tracée au milieu de la* » *rivière. Le prix de l'ancien lit est fixé à cet effet par les experts* » *nommés par le président du tribunal de la situation des biens* » *à la requête du préfet du département. A défaut par les pro-* » *priétaires riverains de déclarer dans les trois mois de la noti-* » *fication qui sera faite par le préfet l'intention de faire* » *l'acquisition aux prix fixés par les experts, il est procédé à* » *l'aliénation de son ancien lit selon les règles qui président* » *aux aliénations du domaine de l'Etat. Le prix provenant de* » *la vente est distribué aux propriétaires des fonds occupés* » *par le nouveau cours, à titre d'indemnité, dans les propor-* » *tions du terrain enlevé à chacun d'eux* ».

424. Si le lit de la rivière a été modifié par l'exécution de travaux régulièrement ordonnés, les parties abandonnées cessent encore de faire partie du domaine public ; les riverains peuvent toujours exercer leur droit de préemption comme dans l'autre hypothèse. Mais si les riverains n'exercent pas ce droit, l'Etat n'est pas tenu de procéder à l'aliénation des parcelles, et dans tous les cas il conserve le prix des ventes. Il n'y a pas lieu, en effet, de se préoccuper d'accorder une indemnité aux propriétaires des fonds occupés, car de deux choses l'une : ou bien les travaux ont eu seulement pour résultat de rétrécir le lit sans que d'autres fonds soient atteints, ou bien, s'il a fallu creuser un lit nouveau dans d'autres terrains, on a dû tout d'abord exproprier régulièrement ces terrains et payer l'indemnité préalable à leurs propriétaires (1).

425. Si l'on se place maintenant dans l'hypothèse d'un

(1) ART. 38 : « Lorsque, à la suite de travaux légalement exécutés, des portions de l'ancien lit cesseront de faire partie du domaine public, les propriétaires riverains pourront exercer le droit de préemption conformément à l'art. 37 qui précède ».

cours d'eau non navigable, le lit abandonné continue d'appartenir aux riverains; ceux-ci, propriétaires du lit lorsque le ruisseau coulait, conservent leurs droits après le déplacement de la rivière. Même leur droit de propriété ne comporte plus de restrictions, et ils peuvent, désormais, l'exercer dans toute son étendue (1).

Par ailleurs, la loi distingue suivant que la modification du lit de la rivière provient d'une cause naturelle ou de travaux légalement exécutés. Lorsque le cours d'eau abandonne naturellement son lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés n'ont droit à aucune indemnité. La loi leur accorde seulement la faculté de se défendre, en quelque sorte, contre la rivière et de la rejeter dans son ancien lit; les travaux nécessaires à cet effet doivent être exécutés dans l'année. A l'inverse, les riverains de l'ancien lit, qui ont perdu le bénéfice de la proximité du cours d'eau, sont aussi autorisés à entreprendre, dans le délai d'un an, des travaux pour ramener la rivière dans son ancien lit et recouvrer l'avantage qu'ils avaient perdu. Cette solution nouvelle concilie très heureusement les intérêts divers engagés dans la question (2).

426. Lorsque des terrains sont occupés par le nouveau lit à la suite de travaux légalement ordonnés, la loi n'accorde pas aux propriétaires une indemnité basée sur la valeur même des terrains, ce qui se comprend, puisqu'ils conservent leur droit de propriété (3). Mais, comme les terrains

(1) Art. 4 : « Lorsque le lit d'un cours d'eau est abandonné soit naturellement soit par suite de travaux légalement exécutés, chaque riverain en prend la libre disposition suivant les limites déterminées par l'article précédent ».

(2) Art. 5 : « Lorsqu'un cours d'eau non navigable et non flottable abandonne son lit naturellement, les propriétaires des fonds sur lesquels le nouveau lit s'établit sont tenus de souffrir le passage des eaux sans indemnités, mais ils peuvent, dans l'année qui suit le changement du lit, prendre les mesures nécessaires pour rétablir l'ancien cours des eaux. Les propriétaires riverains du lit abandonné jouissent de la même faculté et peuvent, dans l'année, poursuivre l'exécution des travaux nécessaires au rétablissement du cours primitif ».

(3) Cependant, d'après le § 2 de l'art. 6, il se peut que le déplacement du lit aboutisse à des expropriations partielles. En effet, une fois la rivière déplacée, les droits de propriété seront déterminés par rapport à l'axe nouveau; il arrivera peut-être ainsi qu'une portion de terrain passera du patrimoine de l'un des riverains dans le patrimoine de l'autre. On en devra tenir compte pour la fixation de l'indemnité qui, dans une certaine mesure, sera non seulement une indemnité pour la

sont affectés au passage de la rivière, ce qui les grève d'une lourde servitude, les propriétaires des fonds occupés ont droit à une indemnité à titre de servitude de passage. La loi simplifie la procédure destinée, en cas de contestation, à fixer cette indemnité. C'est le juge de paix qui est compétent en premier ressort; on a recours à une expertise et l'on peut ne désigner qu'un expert. La loi s'écarte ainsi sensiblement des règles suivies en matière d'expropriation (1).

Enfin, d'après l'art. 6, les bâtiments, cours et jardins attenants aux habitations sont exempts de la servitude de passage; en d'autres termes, le nouveau lit de la rivière ne peut les atteindre, à moins que l'on n'ait recours à la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique (art. 26 de la loi de 1898). Ici, le texte se rapproche des règles contenues dans les lois des 29 avril 1845, 11 juillet 1847 et 10 juin 1854 (2).

§ III. *Accession relative à certains animaux sauvages qui se fixent sur le fonds et en deviennent une dépendance.*

427. « *Les pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un* » *autre colombier, garenne ou étang, appartiennent au pro-* » *priétaire de ces objets, pourvu qu'ils n'y aient point été* » *attirés par fraude et artifice* » (art. 564).

Les animaux peuvent être divisés, au point de vue juridique, en trois catégories : 1° les animaux sauvages, *feræ naturæ*. La propriété de ces animaux s'acquiert par l'occupation (chasse, pêche...) et se perd quand l'occupation cesse. La dis-

servitude de passage mais pour partie une véritable indemnité d'expropriation. On aurait, à la rigueur, à ne pas se préoccuper de l'axe du nouveau lit pour la délimitation des propriétés puisque l'art. 3 permet de combattre par titre la présomption qu'il édicte. La solution de la loi est cependant plus sage; en effet, après un certain temps, les riverains pourraient n'être plus à même de prouver les limites exactes qu'avaient leurs propriétés avant le percement du lit nouveau; mieux vaut donc appliquer la présomption de l'art. 3 et indemniser immédiatement les riverains à raison des déplacements de propriété que va entraîner l'application de cette présomption.

(1) Elle adopte une règle voisine de celle inscrite dans les lois des 29 avril 1845, 11 juill. 1847 et 10 juin 1854 (V. *infra*, n. 869 s.); la compétence passe, toutefois, du tribunal civil au juge de paix, comme dans la loi de 1854.

(2) V. *infra*, n. 869 s.

position de l'art. 564 ne leur est donc pas applicable, alors même qu'il s'agirait du gibier d'un parc (1); 2° les animaux domestiques, dont nous conservons la propriété même quand ils ont cessé d'être *sub custodia nostra,* par exemple quand ils se sont échappés; 3° les animaux qui ne sont ni entièrement sauvages ni entièrement domestiques. Ce sont ceux auxquels s'applique notre article. Les pigeons par exemple, tant qu'ils conservent l'esprit de retour dans le colombier, tant qu'ils demeurent « captifs volontaires », suivant le mot de Buffon, sont considérés comme un accessoire du colombier et, par suite, du fonds; aussi la loi les déclare-t-elle immeubles par destination (art. 524). Du jour où ils abandonnent le gîte qu'on leur avait offert, ils deviennent un accessoire du nouveau fonds où ils sont allés se fixer, et appartiennent par suite au propriétaire de ce fonds.

La loi ajoute cependant cette restriction : « pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par fraude et artifice », ce qui semble bien signifier que, s'il y a eu fraude ou artifice, les animaux ne cesseront pas d'appartenir à leur ancien propriétaire, et qu'il pourra les revendiquer, en supposant, bien entendu, qu'il soit possible de les reconnaître (2). Quelque formel que notre texte paraisse sur ce point, un grand nombre d'auteurs admettent que la fraude, commise par celui qui a attiré les animaux sur son fonds, ne l'empêche pas d'en devenir propriétaire, à titre d'accessoires de ce fonds, mais le rend seulement passible de dommages et intérêts envers l'ancien propriétaire auquel il a causé préjudice (3).

428. L'époque de l'ouverture et de la fermeture des colombiers est fixée chaque année par les préfets, après avis des conseils généraux (loi du 4 avril 1889, *sur le code rural,* t. VI, art. 6).

« *Pendant le temps de la clôture des colombiers,* dit l'art. 7

(1) Cpr. Cass., 22 juillet 1861, S., 61. 1. 825, D., 61. 1. 475.

(2) Aubry et Rau, II, § 202, p. 248; Demolombe, X, n. 178; Laurent, VI, n. 311.

(3) Pothier, *Droit de propriété,* n. 167; Duranton, IV, n. 428; Marcadé, sur l'art. 564, n. 1; Massé et Vergé, II, § 297, note 29; Ducaurroy, Bonnier et Rousti'n, II, n. 129.

» de la loi précitée, *les propriétaires et les fermiers peuvent* » *tuer et s'approprier les pigeons qui seraient trouvés sur leurs* » *fonds, indépendamment des dommages-intérêts et des peines* » *de police encourues par les propriétaires des pigeons. En* » *tout autre temps, les propriétaires et les fermiers peuvent* » *exercer, à l'occasion des pigeons trouvés sur leurs fonds, les* » *droits déterminés par l'art. 4* ».

Et voici maintenant le texte de cet art. 4 : « *Celui dont les* » *volailles passent sur les propriétés voisines et y causent des* » *dommages, est tenu de réparer ces dommages. Celui qui les* » *a soufferts peut même tuer les volailles, mais seulement sur* » *le lieu, au moment du dégât,* et sans pouvoir se les appro- » prier ».

Enfin l'art. 5 de la loi précitée porte : « *Les volailles et* » *autres animaux de basse-cour qui s'enfuient dans les pro-* » *priétés voisines ne cessent pas d'appartenir à leur maître* » *quoiqu'il les ait perdus de vue. — Néanmoins, celui-ci ne* » *pourra plus les réclamer un mois après la déclaration qui* » *devra être faite à la mairie par les personnes chez lesquelles* » *ces animaux se seront enfuis* ».

SECTION II

DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSES MOBILIÈRES

429. Cette matière, à laquelle le droit romain consacrait de longs développements, a beaucoup perdu de son importance dans notre droit, par suite de l'apparition de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279). Dans tous les cas (et ils sont fréquents) où cette règle recevra son application, il ne pourra pas être question d'appliquer les dispositions contenues dans notre section.

Ces dispositions n'offrent encore aucun intérêt, si la réunion des deux choses mobilières appartenant à des propriétaires différents a eu lieu du consentement de ces derniers, Aussi glisserons-nous très rapidement sur cette matière, d'autant plus que le législateur s'est borné la plupart du temps à reproduire, et souvent en les travestissant, les règles du droit romain.

Nous nous bornerons à transcrire l'art. 565, qui contient le principe de la matière, et à renvoyer le lecteur au texte des art. 566 à 577 pour les applications.

ART. 565. « *Le droit d'accession, quand il a pour objet deux* » *choses immobilières appartenant à deux maîtres différents,* » *est entièrement subordonné aux principes de l'équité natu-* » *relle. — Les règles suivantes serviront d'exemple au juge* » *pour se déterminer dans les cas non prévus, suivant les cir-* » *constances particulières* ».

Malgré l'ambiguité des textes, les juges seront tenus, dans les cas prévus par les art. 566 s., de se conformer strictement aux règles posées. Leur pouvoir d'appréciation s'exerce seulement dans quelques hypothèses, d'un nombre restreint, demeurées étrangères aux prévisions de la loi.

Les divers cas dont s'occupent les art. 566 s. se ramènent à trois hypothèses, en quelque sorte classiques :

1° L'*adjonction*, à laquelle s'appliquent les art. 566 à 569;

2° La *spécification*, réglée par les art. 570 à 572;

3° Le *mélange*, soumis aux art. 573 à 576.

L'art. 577 pose enfin une règle générale applicable à toutes les hypothèses.

DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE

ET DE L'HABITATION

480. Ce titre et le suivant sont consacrés aux servitudes.

« Les servitudes, *lato sensu,* disent MM. Aubry et Rau (1), sont des droits réels en vertu desquels une personne est autorisée à tirer de la chose d'autrui une certaine utilité ».

La servitude constitue une exception au droit commun, d'après lequel le propriétaire a seul le droit de retirer de sa chose toute l'utilité qu'elle peut procurer. Le mot *servitude* exprime bien l'état d'assujettissement dans lequel se trouve alors la chose à l'égard de la personne, autre que le propriétaire, à laquelle elle doit ses fruits ou ses services.

Il existe dans notre droit, comme en droit romain, deux espèces de servitudes : les servitudes *personnelles* et les servitudes *réelles, Servitutes aut personarum sunt aut rerum.*

En ce qui concerne les servitudes *personnelles,* le code civil a conservé la chose tout en supprimant le nom. Dans l'intitulé du titre qui leur est consacré (titre III), comme dans les textes que ce titre contient et partout ailleurs, le législateur a évité avec un soin minutieux d'employer l'expression *servitudes personnelles,* consacrée par une tradition séculaire. Elle sonnait mal à cette époque, paraît-il, parce qu'elle rappelait, de bien loin cependant, le souvenir des services personnels et des corvées du régime féodal.

Pour les servitudes *réelles,* le législateur a conservé la chose et le nom tout à la fois ; mais ici encore un scrupule, inspiré par les souvenirs de la féodalité, l'a porté à faire suivre le mot *servitude* d'une sorte de définition dans l'intitulé

(1) Aubry et Rau, II, § 225, p. 463.

du titre IV : *Des servitudes* ou SERVICES FONCIERS, et à déclarer dans l'art. 638 que « La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre ».

431. La servitude *personnelle* est celle qui existe sur une chose au profit d'une personne déterminée. Attachée à la personne, elle meurt avec elle et quelquefois avant elle ; la servitude personnelle est donc temporaire. Notre code indique trois servitudes personnelles : l'usufruit, l'usage et l'habitation.

La servitude *réelle* est celle qui existe sur un fonds (fonds *servant*) au profit d'un autre fonds (fonds *dominant*) appartenant à un autre propriétaire (art. 637) : telle est la servitude de passage. La servitude réelle constitue donc un rapport entre deux fonds; aussi est-elle de sa nature perpétuelle comme les fonds auxquels elle est inhérente.

On le voit, la différence entre la servitude personnelle et la servitude réelle est considérable. La première appartient à une personne, d'où la dénomination de servitude *personnelle*. La seconde appartient à un fonds, *res,* ce qui l'a fait appeler servitude *réelle*. Sans doute elle sera exercée par une personne, car le fonds dont elle sera un attribut ne peut pas l'exercer lui-même ; mais ce sera par une personne indéterminée, le propriétaire du fonds dominant, quel qu'il soit. La servitude réelle est inhérente au fonds dominant qui en est le véritable titulaire ; le droit de l'exercer s'acquiert avec la propriété de ce fonds, et se perd avec elle.

Les servitudes personnelles et les servitudes réelles ont, depuis le code, ce trait commun d'avoir pour objet une chose; le code prohibe tout lien qui assujettirait une personne soit à une autre personne, soit à une chose : il n'existe plus de servitude de personne à personne, puisque l'esclavage a disparu ; et d'autre part, on ne peut plus créer un lien qui mettrait une personne au service d'une chose, puisque l'on a supprimé le régime féodal.

432. Le titre III, qu'on n'hésiterait pas aujourd'hui à intituler *Des servitudes personnelles,* est divisé en deux chapitres consacrés, le premier à l'usufruit, le second à l'usage et à l'habitation.

CHAPITRE PREMIER

DE L'USUFRUIT

SECTION PREMIÈRE

DÉFINITION ET CARACTÈRES DE L'USUFRUIT

433. Nous avons une définition légale de l'usufruit : « *L'usu-* » *fruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la pro-* » *priété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge* » *d'en conserver la substance* » (art. 578). Cette définition ressemble beaucoup à celle que donne Justinien dans ses Institutes : *Jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.* Pesons-en tous les termes.

434. L'usufruit est le *droit de jouir,* dit la loi. Cette expression *droit de jouir* comprend le droit de se servir de la chose, *jus utendi,* et le droit d'en recueillir les fruits, *jus fruendi,* en d'autres termes, l'*usus* et le *fructus;* d'où les dénominations d'*usufruit, usufruitier.* Il ne reste donc au propriétaire que le *jus abutendi : ususfructus est jus utendi et fruendi sed non abutendi.* Et c'est pourquoi on l'appelle *nu propriétaire,* parce qu'il ne conserve qu'une *nue propriété,* c'est-à-dire une propriété dépouillée pour le moment de ses principaux avantages et par conséquent stérile.

Cependant les titres de propriété restent entre les mains de ce dernier, à charge de permettre à l'usufruitier de les utiliser, s'il y a lieu, dans un procès (1).

En nous disant que l'usufruit est le droit de *jouir,* la loi nous dit implicitement qu'il est un droit *viager;* car la mort est le terme de toutes les jouissances. On a donc reproché à tort au législateur de n'avoir pas indiqué dans sa définition ce caractère essentiel de l'usufruit.

435. Le caractère viager de l'usufruit rend très délicate l'estimation de cette espèce de bien; l'évaluation d'un droit d'usufruit aura toujours quelque chose d'incertain et d'arbitraire; mais, comment l'établir, quand cela deviendra néces-

(1) Paris, 7 avril 1828, S. chr., D., 28. 2. 97. — Demolombe, X, n. 218 *bis.*

saire? Aux termes des art. 15 et 16 de la loi du 22 frimaire an VII, en matière fiscale, pour la perception des droits d'enregistrement, l'usufruit équivalait à la moitié de la valeur de la pleine propriété; certains arrêts appliquaient dans tous les cas le même principe d'évaluation (1). En doctrine et en jurisprudence on décidait que la disposition de la loi de frimaire devait se restreindre aux matières fiscales et qu'il convenait d'abandonner par ailleurs l'estimation de l'usufruit à la sagesse du juge, prenant en considération l'âge de l'usufruitier et aussi sa profession, ses habitudes, ses infirmités (2). Bien que l'art. 13 de la loi du 25 février 1901 ait modifié l'évaluation au point de vue fiscal en tenant compte de l'âge de l'usufruitier, il convient de maintenir le principe ancien; la loi fiscale ne s'impose pas aux juges chargés d'apprécier la valeur de l'usufruit quand il ne s'agit plus de la perception des droits d'enregistrement. Les tribunaux peuvent préférer aux indications de la loi de 1901 celles fournies par les tables de mortalité en usage dans les compagnies d'assurances sur la vie. En tout cas, on doit estimer l'usufruit d'après les probabilités de sa durée, au moment où il est constitué, quelle qu'ait été sa durée exacte, en supposant l'usufruitier déjà mort, lorsque l'estimation devient nécessaire (3), puisque l'usufruit est un droit d'une valeur aléatoire.

436. Le texte ajoute : *des choses dont un autre a la propriété*. Donc, le droit de jouissance qui appartient au propriétaire sur sa propre chose ne constitue pas un *usufruit*. La raison en est que l'usufruit est une servitude et que nul ne peut avoir de servitude sur sa propre chose. Le droit de jouir est pour le propriétaire un attribut de son droit de propriété et non une servitude. *Nemini res sua servit jure servitutis, sed prodest jure dominii.*

(1) Amiens, 5 mars 1840, S., 42. 2. 159, D., 42. 2. 12. — Toulouse, 23 nov. 1853, S., 53. 2. 705, D., 54. 2. 100. — Coin-Delisle, *Donat.*, sur l'art. 1094, n. 18, et dissertation insérée dans S. chr., VII, p. 365.

(2) Cass., 21 juil. 1813, S. chr.; 7 janv. 1824, S., 33. 1. 506. — Douai, 14 juin 1852, S., 53. 2. 97, D., 53. 2. 89. — Toulouse, 20 déc. 1871, S., 72. 2. 97, D., 73. 2. 17. — Cass., 3 mai 1872, S., 73. 2. 17, D., 73. 2. 218. — Aubry et Rau, VII, § 684 *bis*, p. 199, note 9; Demolombe, X, n. 127 *bis*; Laurent, XV, n. 377.

(3) Douai, 14 juin, précité.

On donne quelquefois, sur l'autorité du droit romain, le nom d'*usufruit* au droit de jouissance qui appartient au propriétaire sur sa propre chose, et, pour distinguer cet usufruit improprement dit du véritable usufruit, de celui qui existe au profit d'un autre que le propriétaire, on appelle le premier, usufruit *causal*, et le second, usufruit *formel*. L'usufruit du propriétaire est dit *causal, causalis,* parce qu'il a pour cause la propriété, *quia competit ex causa proprietatis; quia causæ suæ, id est dominio junctus est.* Au contraire l'usufruit qui appartient à un autre qu'au propriétaire est qualifié de *formel, quia per se consistit, quia propriam formam habet.* Il faut débarrasser la science du droit de ce bagage inutile. Le droit de jouissance du propriétaire n'est pas un usufruit.

437. Les mots *comme le propriétaire lui-même* nous indiquent qu'en principe, et sauf la restriction contenue dans la partie finale de notre texte, le droit de jouissance de l'usufruitier est aussi étendu que celui du propriétaire. L'usufruitier peut donc, comme le propriétaire, ou jouir par lui-même, ou jouir par l'intermédiaire d'un tiers auquel il donnera la chose à bail. Il peut même céder son droit de jouissance (art. 595).

On répète partout que la loi s'exprime en termes beaucoup trop généraux, quand elle dit que l'usufruitier jouit *comme le propriétaire lui-même,* parce que d'une part le propriétaire a droit à tous les produits de la chose, tandis que l'usufruitier n'a droit qu'à ceux de ces produits qui ont le caractère de fruits et parce que d'autre part le propriétaire jouit comme il l'entend; il peut même, si cela lui plaît, jouir d'une manière abusive, tandis que l'usufruitier doit jouir en bon père de famille (art. 601). Cette critique ne nous semble pas fondée. Le droit pour le propriétaire de percevoir des produits non-fruits et celui de jouir d'une manière abusive sont une conséquence de son droit de disposer, plutôt que de son droit de jouir; ils touchent à l'*abusus* bien plus qu'au *fructus* et à l'*usus,* et, en accordant seulement à l'usufruitier le droit de *jouir* (ce qui exclut le droit de disposer), la loi donne assez clairement à entendre que l'usufruitier ne peut, ni recueillir les produits non-fruits, ni jouir d'une manière abusive.

Avec l'appui des travaux préparatoires (1), M. Laurent (2) donne un sens restrictif aux mots « comme le propriétaire » et leur assigne à la fois la valeur d'une définition et d'une règle limitative des droits de l'usufruitier; toute innovation dans le mode de jouissance sera interdite à ce dernier, tenu non seulement de jouir en bon père de famille, mais encore de respecter la destination antérieure de la chose, celle que « le père de famille » avait établie. Cette idée se rattache plutôt aux derniers mots de la définition qu'à ceux exprimant la faculté pour l'usufruitier de jouir « comme le propriétaire lui-même ».

438. Enfin notre article se termine par ces mots : *à la charge d'en conserver la substance*. Que ce membre de phrase soit ou non la traduction fidèle des mots *salva rerum substantia,* qui termine la définition donnée par les Institutes de Justinien, ils expriment une idée exacte, à savoir que l'usufruitier ne doit pas dénaturer la chose sur laquelle porte son droit. Ainsi l'usufruitier ne pourra pas transformer une vigne en un pré, ou une terre labourable en un étang; ce serait altérer la *substance* de la chose. On voit que le législateur entend ici par *substance* l'ensemble des qualités constitutives de la chose, c'est-à-dire des qualités qui la distinguent des autres et en l'absence desquelles elle ne mériterait plus de porter le nom *substantif* qui la désigne.

439. Toutefois le principe que l'usufruitier ne peut pas altérer la substance de la chose doit être combiné avec cet autre principe qu'il a le droit de jouir. De là il suit que l'usufruitier pourra faire subir à la substance de la chose les modifications nécessaires à l'exercice de son droit de jouissance. Ainsi l'usufruitier d'une vigne pourra la transformer en terre labourable à partir du jour où, devenue trop vieille, elle ne rapportera plus de quoi récompenser des frais de culture qu'elle occasionne : c'est alors un acte de bonne administration de l'arracher, et tout propriétaire soucieux de ses intérêts agirait ainsi.

(1) Observation de la section de législation du Tribunat, n. 2; Locré, IV, p. 123.
(2) Laurent, VI, n. 327.

De même l'usufruitier d'une maison pourrait en modifier l'aménagement, s'il lui était impossible d'utiliser l'immeuble suivant la destination première (1). En l'absence de toute solution absolue, le juge, tenu de concilier l'obligation imposée à l'usufruitier de conserver la substance de la chose et son droit de jouissance, se décidera selon les circonstances et considérera comme juste dans une espèce une transformation, qu'il interdirait dans une hypothèse quelque peu différente (2).

440. L'usufruitier étant tenu de conserver la substance de la chose, pour la restituer au propriétaire lors de la cessation de l'usufruit, il semble que, par définition même, l'usufruit soit inapplicable aux choses consomptibles, *quæ ipso usu consumuntur vel minentur,* telles que l'argent, les denrées alimentaires. En effet, il est impossible de jouir de ces choses en conservant leur substance, puisqu'on ne peut en jouir sans les consommer. Cependant des raisons d'utilité pratique ont fait admettre chez nous, comme en droit romain, la possibilité d'établir sur les choses de consommation sinon un véritable droit d'usufruit, du moins quelque chose d'analogue *quasi-usus fructus;* d'où les commentateurs ont fait le mot *quasi-usufruit.* Le quasi-usufruitier aura la faculté de consommer, puisqu'on ne peut pas jouir autrement des choses sur lesquelles porte son droit, et il devra rendre à la cessation de l'usufruit, non pas ces choses mêmes, mais leur équivalent, c'est-à-dire leur estimation ou des choses semblables (art. 587). Ici *tantumdem est idem.*

441. L'usufruit est un droit réel, *jus in re.* L'art. 543 le dit à peu près explicitement, et l'art. 578 le donne à entendre, en disposant que l'usufruit « est le droit de jouir d'une chose »; l'usufruitier est mis ainsi en rapport direct et immédiat avec la chose, ce qui est le caractère distinctif du droit réel. Le législateur s'exprime tout autrement, quand il définit le contrat de louage, qui ne confère au locataire, ou mieux au *preneur* qu'un droit personnel de jouissance. « Le louage

(1) Cass., 8 avril 1845, S., 45. 1. 606, D., 45. 1. 214; Demolombe, X, n. 454; Laurent, VI, n. 81 s.

(2) V. *infra,* n. 562.

» des choses, dit l'art. 1709, est un contrat par lequel l'une » des parties s'OBLIGE *à faire jouir* l'autre d'une chose... » Ainsi l'usufruitier a le droit de jouir; le preneur a le droit d'exiger que le bailleur le fasse jouir. Il y a donc, entre le bailleur et le preneur, relativement au droit de jouissance, un lien d'obligation, qui n'existe pas entre le nu propriétaire et l'usufruitier. Le nu propriétaire n'est tenu que d'un rôle passif à l'égard de l'usufruitier : il ne doit pas entraver son droit de jouissance; mais il n'est pas obligé de le *faire jouir;* ainsi il ne sera pas tenu de faire les réparations nécessaires pour que l'usufruitier puisse employer la chose à l'usage auquel elle est destinée (art. 600). *Tenetur in non faciendo non in faciendo.* Au contraire, le bailleur est obligé de *faire jouir* le preneur, c'est-à-dire de lui procurer la jouissance de la chose, par exemple de faire les réparations nécessaires pour rendre la maison louée habitable (art. 1720). En un mot l'usufruitier a un droit réel de jouissance, le preneur un droit *personnel.*

442. La même différence sépare le legs d'usufruit et le legs des revenus d'un fonds; le premier confère au légataire un droit réel sur le fonds, un droit immobilier susceptible d'hypothèque, le légataire des revenus n'a qu'un droit personnel, une créance contre l'héritier, propriétaire de l'immeuble, pour réclamer chaque année le paiement des revenus du fonds; la propriété n'est pas démembrée, et l'aliénation consentie aura pour objet un immeuble affranchi de toute servitude, grevé seulement de l'hypothèque que le légataire aura eu soin de faire inscrire pour la garantie de sa créance. Si le legs des revenus avait été fait au profit d'une personne morale, il ne s'éteindrait que par le laps de trente ans, et l'exécution en pourrait être exigée indéfiniment (1).

443. On dit quelquefois que l'usufruit est un droit *personnel;* mais cette locution a ici un sens tout à fait spécial. Elle ne signifie pas non plus que le droit d'usufruit est exclusivement attaché à la personne de l'usufruitier (l'art. 595 lui permet en effet de se substituer quelqu'un quant à la jouis-

(1) Demolombe, X, n. 229 et 229 *bis;* Laurent, VI, n. 326.

sance de la chose) ; elle exprime purement et simplement cette idée que le droit d'usufruit réside sur la tête de l'usufruitier, et meurt avec lui. En d'autres termes, le droit d'usufruit ne passe pas aux héritiers de l'usufruitier ; il n'est pas héréditairement transmissible. Quel que fût le mode de constitution de l'usufruit, on ne pourrait, même dans un contrat à titre onéreux, stipuler un usufruit pour soi et pour ses héritiers ; l'argument tiré dans l'opinion contraire de l'art. 1122 n'a aucune valeur ; en effet, la règle posée dans ce texte suppose un droit transmissible de sa nature aux héritiers, ce qui n'a pas lieu pour l'usufruit (1).

444. L'intransmissibilité aux héritiers est un caractère essentiel du droit d'usufruit. Dans des vues d'intérêt général *ne in universum inutiles essent proprietates, semper abcedente usufructu,* le législateur a voulu que l'usufruit ne pût pas être perpétuellement séparé de la propriété, qui deviendrait alors un titre illusoire ; et c'est pour cela qu'il a fait de l'usufruit un droit viager. Il faudrait donc déclarer nulle toute clause de l'acte constitutif de l'usufruit qui aurait pour but de rendre l'usufruit transmissible aux héritiers de l'usufruitier (arg. art. 6).

Il ne serait même pas permis d'établir un usufruit pour un terme de 99 ans, ni pour une durée fixe de 30 ans, de façon que, après le décès de l'usufruitier survenu avant l'expiration du terme assigné, le droit fût maintenu jusqu'à l'achèvement du délai au profit de l'héritier. La validité d'un bail emphytéotique de 99 ans n'autorise pas une dérogation au caractère essentiellement viager du droit d'usufruit ; donc, quel que soit le terme fixé, l'extinction de l'usufruit se produit toujours à la mort du titulaire, même si le décès est antérieur à l'échéance du terme. Le souci du législateur de limiter la durée de l'usufruit d'après la vie moyenne de l'homme, se manifeste d'une façon saisissante dans l'art. 619 qui restreint à trente années l'usufruit constitué au profit d'une personne morale.

445. L'usufruit est temporaire, mais rien ne fait obstacle

(1) Demolombe, X, n. 248 ; Laurent, VI, n. 354. — *Contra* Proudhon, *De l'usufruit*, I, n. 326, 328 ; Duranton, VI, n. 491 ; Aubry et Rau, II, § 228, p. 468, note 3.

à ce que le droit d'usufruit soit établi sur plusieurs têtes soit conjointement, soit successivement. Ainsi un testateur peut dire : Je lègue l'usufruit de mon domaine de N. à *Primus*, puis à sa mort à *Secundus*, à la mort de celui-ci à *Tertius*... C'est le cas d'un usufruit successif. Une disposition de ce genre ne viole pas la règle que l'usufruit n'est pas transmissible aux héritiers de l'usufruitier; car chaque légataire appelé successivement à l'usufruit, tient son droit du constituant et non du précédent usufruitier (1). Et de là résultent deux conséquences :

1° Si l'usufruit, établi sur plusieurs têtes successivement, a été constitué par donation entre vifs, chaque bénéficiaire devra exister, par conséquent être au moins conçu, à l'époque de la donation (arg. art. 906), et la donation devra être l'objet d'une acceptation distincte faite par ou pour chacun (arg. art. 932).

2° Si l'usufruit a été constitué par testament, chaque bénéficiaire devra être au moins conçu lors du décès du disposant (arg. art. 906).

446. Appelé, par suite, à combiner la défense de constituer un usufruit au profit d'une personne et de ses héritiers et la faculté d'établir ce droit conjointement et successivement au profit de plusieurs personnes, sous les conditions indiquées, le juge devra interpréter avec soin les termes de l'acte, scruter l'intention des parties ou la volonté du testateur et il pourra considérer l'usufruit comme valablement établi au profit des titulaires « successifs », malgré l'apparence des termes de l'acte constitutif d'un usufruit au profit d'une personne et de ses héritiers (2). Dans le cas où deux usufruits successifs auraient été constitués avec indication que le second s'ouvrirait au décès du premier légataire, les juges pourraient aussi, d'après l'intention du testateur, admettre la naissance du droit au profit du second institué comme conséquence de la renonciation du premier légataire (3).

(1) Aussi, en pareil cas, il n'y a pas de substitution. Besançon, 29 mars 1811, S. chr. — Paris, 26 mars 1813, S. chr.

(2) Aubry et Rau, II, § 228, p. 468 *in fine*.

(3) Cass., 23 mars 1869, S., 69. 1. 321, D., 69. 1. 508.

447. Par où l'on voit qu'en aucun cas des dispositions de ce genre ne pourront arriver à constituer un usufruit dépassant la durée d'une vie d'homme. En effet, quel que soit le nombre des bénéficiaires successifs, l'usufruit ne durera pas plus longtemps que s'il avait été constitué exclusivement au profit de celui qui survivra à tous les autres.

448. L'usufruit constitue un droit tout à fait distinct de la nue propriété. Ce sont deux droits rivaux, mais de nature différente, sur une même chose. De là résultent deux conséquences :

1° Il n'y a pas communauté ni par suite indivision entre le nu propriétaire et l'usufruitier d'un même bien, car la communauté suppose deux droits de même nature sur une même chose. Il n'y a lieu par suite à aucun partage entre le nu propriétaire et l'usufruitier (1).

Il en serait ainsi alors même que l'usufruit aurait été réservé par un donateur ayant transféré, à titre gratuit, la nue propriété des biens au donataire (2).

Pour l'application de cette idée, il convient de rechercher d'abord, d'après l'intention des parties, l'objet véritable de l'usufruit et de savoir si ce droit affecte tel immeuble déterminé, une catégorie précise de biens, ou plutôt l'ensemble du patrimoine, une quote-part des biens, ou mieux encore le résultat total ou partiel de la liquidation d'une succession, pour porter, suivant l'issue de cette liquidation, sur des immeubles ou sur une somme d'argent (3). Les juges pourraient, d'ailleurs, autoriser la licitation en pleine propriété des biens, s'il était impossible d'asseoir autrement les droits de l'usufruitier et des nus propriétaires (4).

449. Il y aurait au contraire communauté entre plusieurs personnes, qui seraient co-usufruitières du même bien soit pour des parts égales, soit pour des parts différentes. Chacun

(1) Cass., 19 déc. 1889, S., 90. 1. 497 et la note de Labbé, D., 91. 1. 74. — Orléans, 19 mars 1887, S., 88. 2. 8, D., 89. 2. 113.

(2) Cass., 7 déc. 1846, S., 47. 1. 15, D., 47. 1. 41.

(3) Cpr. Cass., 1er juill. 1891, S., 91. 1. 337, D., 92. 1. 145; 9 avril 1877, S., 77. 1. 261, D., 77. 1. 389. — Angers, 23 février 1876, S., 77. 2. 147, D., 77. 2. 58. — Cpr. Angers, 4 janv. 1882, S., 82. 2. 59. — Dijon, 24 déc. 1883, S., 84. 2. 28.

(4) Cass., 1er juillet 1891, précité; 24 juin 1853, S., 63. 1. 339, D., 63. 1. 285.

des usufruitiers pourrait alors demander contre les autres un partage de jouissance et, si un partage en nature était impossible, la licitation, mais toujours quant à la jouissance seulement. Il en serait ainsi, même dans le cas où la jouissance d'un bien se trouverait indivise entre l'usufruitier d'une partie de ce bien et le propriétaire du surplus. Tel serait le cas d'une veuve usufruitière, en vertu du testament de son mari, de la moitié des biens de celui-ci; il y aurait lieu à un partage de jouissance entre la veuve, qui a droit à la jouissance d'une moitié, et les héritiers du mari, auxquels appartient, en qualité de propriétaires, la jouissance de l'autre moitié. Il importe peu que l'un de ces droits de jouissance, celui de la veuve, soit un usufruit, et que l'autre, celui des propriétaires, n'ait pas ce caractère (*supra*, n. 436). Cela n'empêche pas que le droit de jouir de la même chose, droit qui pour le propriétaire se distingue nettement du droit de disposer, appartienne en commun à plusieurs personnes différentes : ce qui doit nécessairement donner lieu à un partage ou à une licitation (1).

450. En sens inverse, si l'usufruit d'un même bien ou d'un même patrimoine appartient à un seul et la nue propriété à plusieurs, il ne peut y avoir lieu qu'au partage ou à la licitation de la nue propriété, l'indivision n'existant pas entre les divers ayant droit quant à la jouissance (2).

L'usufruitier, par suite, ne pourrait demander contre les nus propriétaires la licitation, dans le but d'exercer son droit sur une partie proportionnelle du prix (3), ni, en revanche, être contraint de souffrir la licitation des immeubles grevés d'usufruit et la transformation de la jouissance réelle sur ces biens en un quasi-usufruit portant sur une somme d'argent (4). Les conséquences indiquées subsistent même dans le cas où l'usufruitier est l'un des co-propriétaires des biens

(1) Cass., 25 août 1879, S., 80. 1. 181. — Poitiers, 19 déc. 1887, S., 88. 2. 32. — Amiens, 15 nov. 1892, D., 93. 2. 314.

(2) Cass., 10 déc. 1889, S., 90. 1. 497, D., 91. 1. 71. — Caen, 20 août 1880, S., 81. 2. 118. — Orléans, 8 déc. 1881, S., 83. 2. 113, D., 84. 2. 43.

(3) Paris, 7 mars 1842, S., 43. 2. 131, D., 43. 4. 423.

(4) Metz, 14 déc. 1864, S., 65. 2. 16.

pour la nue propriété, quel que soit d'ailleurs son jeune âge (1).

Cependant l'usufruitier ne serait pas en droit de s'opposer à la vente des biens en pleine propriété, si l'aliénation était indispensable pour le paiement des dettes; mais cette nécessité ne résulterait pas du seul fait de l'existence de dettes hypothécaires, non échues, dont l'usufruitier aurait toujours payé les intérêts (2).

451. 2° L'usufruit d'un bien est susceptible soit d'être cédé (art. 595), soit d'être saisi par les créanciers de l'usufruitier (art. 2204), soit même d'être hypothéqué, quand il porte sur un immeuble (art. 2118), séparément de la nue propriété. Il en est autrement des servitudes réelles, qui sont des qualités des fonds, *qualitates prædiorum,* et qui à ce titre ne peuvent en être séparées.

452. D'autres différences existent entre l'usufruit et les servitudes réelles : droit temporaire et viager, contraire à l'intérêt économique, l'usufruit s'éteint plus facilement que les servitudes qui sont des droits perpétuels, traités avec faveur, comme utiles au régime de la propriété. La comparaison des art. 617, § 6 et 704 en fournit la preuve.

453. En outre, l'usufruit est divisible et peut s'éteindre pour partie, se conserver par exemple à l'égard de certains héritiers du nu propriétaire et se pérdre à l'égard de ceux contre lesquels la prescription n'a pas été interrompue. Il en est autrement des servitudes, qui sont indivisibles (art. 709 et 710).

SECTION II

RÈGLES RELATIVES A L'ÉTABLISSEMENT DU DROIT D'USUFRUIT

§ I. *Modes d'établissement.*

454. « *L'usufruit est établi par la loi ou par la volonté de* » *l'homme* », dit l'art. 579.

(1) Paris, 26 nov. 1868, sous Cass., 27 juillet 1869, S., 69. 1. 468, D., 71. 1. 170.

(2) Metz, 14 déc. 1864, précité. — Dijon, 24 déc. 1883, précité.

A. *La loi.*

Les orateurs du gouvernement et du tribunat ont cité comme exemple d'usufruit légal l'usufruit paternel, ou droit de jouissance légale, de l'art. 384.

Que ce droit soit établi par la loi, c'est incontestable; qu'il constitue un véritable usufruit, c'est plus douteux, bien que la loi lui donne ce nom dans l'art. 601 (1). Nous avons constaté en effet d'importantes différences entre l'usufruit paternel et un usufruit ordinaire : notamment il n'est pas susceptible d'être cédé ni hypothéqué (2).

Le nouvel art. 767 du code civil (loi du 9 mars 1891) contient un usufruit légal remarquable entre tous, celui du conjoint survivant sur les biens du prédécédé.

Il y en a un autre cas dans l'art. 754. Voyez ce texte. En dehors du code civil, on en trouverait un certain nombre. Citons notamment celui que l'art. 1 al. 2 de la loi du 14 juillet 1866 établit au profit du conjoint survivant d'un auteur, compositeur ou artiste. V. aussi la loi du 25 mars 1873, art. 13.

Quant au droit de jouissance, qui appartient au mari sur les biens de sa femme, sous le régime de la communauté et sous la plupart des autres régimes matrimoniaux, on verra plus loin que ce n'est pas un véritable usufruit : comme le droit de jouissance légale de l'art. 384, il ne peut être ni cédé ni hypothéqué. En tout cas, ce ne serait pas un usufruit *légal;* car il résulte, non de la loi, mais de la volonté des époux, volonté qu'ils ont exprimée dans leur contrat de mariage, s'ils en ont fait un, et que la loi considère comme sous-entendue pour le cas où, n'ayant pas fait de contrat, ils se trouvent soumis au régime de la communauté légale (3).

(1) La doctrine est partagée. Laurent, VI, n. 332 considère le droit de jouissance des père et mère comme un véritable usufruit; Aubry et Rau, II, § 227, p. 467 et Demolombe, X, n. 234 préfèrent, avec raison, l'opinion contraire.

(2) V. la partie du commentaire consacrée au droit de jouissance légale.

(3) Aubry et Rau, II, § 227, p. 467; Demolombe, X, n. 236. — Cpr. Laurent, VI, n. 332.

B. *La volonté de l'homme.*

455. C'est-à-dire du propriétaire. Cette volonté peut être manifestée par convention ou par testament.

1° *Par convention :* soit à *titre onéreux,* quand le constituant stipule quelque chose comme contre-valeur de ce qu'il donne, par exemple si l'usufruit est établi par vente ou par échange ; soit à *titre gratuit,* lorsqu'il agit dans des vues désintéressées, c'est-à-dire lorsqu'il établit l'usufruit par donation entre vifs. Les contrats de mariage contiennent fréquemment des dispositions de cette dernière espèce, faites par l'un des époux au profit de l'autre.

Assez souvent les contrats de vente ou de donation ont pour objet non l'usufruit, mais la nue propriété, le vendeur ou le donateur se réservant l'usufruit ; les Romains disaient alors que le droit était constitué *per deductionem ;* les expressions du code sont assez générales pour comprendre cette hypothèse aussi bien que les précédentes où l'usufruit est établi *per translationem ;* dans un cas comme dans l'autre, en effet, la « volonté » de l'homme est la cause génératrice de la constitution de l'usufruit.

456. On trouve souvent dans les contrats d'aliénation, vente ou donation, une clause d'après laquelle l'acquéreur ne doit entrer en jouissance qu'après un certain laps de temps, d'ordinaire assez court, bien que la propriété lui soit immédiatement transférée. La validité de la clause n'est pas douteuse, mais bien son exacte interprétation. Dans une première opinion, l'aliénateur conserverait la chose non en qualité d'usufruitier, mais à titre de locataire, ce qui lui enlèverait le droit de constituer hypothèque sur la jouissance par lui réservée ; le prix du bail se trouverait payé par anticipation au moyen d'une diminution consentie sur le prix de vente (1). Cette analyse paraît bien subtile et bien compliquée. On ne saurait non plus envisager la clause comme constitutive d'un droit d'usufruit à terme très court. Les deux systèmes aboutissent d'ailleurs à des complications ou à des injustices pour la perception des droits d'enregistrement ; à la rigueur, en

(1) Demolombe, X, n. 130 *bis.* — Cpr. Angers, 3 juill. 1847, S., 47. 2. 474

effet, le bail ou la réserve d'usufruit devraient donner lieu à la perception d'un droit. Il vaudrait donc mieux accepter une interprétation différente et négliger l'apparence des termes du contrat, pour rechercher l'intention véritable des parties et ne voir dans la clause que l'expression d'une aliénation soumise à la modalité d'un terme, surtout si la jouissance a été réservée pour quelques mois seulement. Si le terme était plus long, les tribunaux pourraient se décider, suivant les circonstances, d'après la volonté probable des contractants (1).

Du reste, d'une manière générale, soit en présence d'un contrat, soit en face d'un testament, les tribunaux doivent rechercher avec soin la nature du droit que l'on a voulu créer; le terme d'usufruit n'est pas sacramentel et ce droit peut se trouver établi, sans que le mot ait été prononcé dans l'acte (2). A l'inverse, on a pu employer le mot d'une façon impropre, alors qu'on créait en réalité un droit différent, superficie, pleine propriété ou même droit personnel; l'on trouvera parfois dans l'acte des indications favorables à une pareille interprétation, des clauses inconciliables avec l'existence d'un droit d'usufruit (3).

457. 2° *Par testament,* comme si le testateur lègue l'usufruit de tel immeuble à *Primus* et la nue propriété à *Secundus*. Avec le contrat de mariage, le testament est le mode de constitution le plus usuel de l'usufruit.

C. *La prescription.*

458. On admet généralement que l'usufruit peut s'établir aussi par la prescription (4).

Il convient, à ce propos, de distinguer, comme pour le droit de propriété, entre l'usufruit des immeubles, auquel s'appliquent les art. 2262 à 2271 et l'usufruit des meubles auquel il faudrait étendre les dispositions de l'art. 2279.

(1) Laurent, VI, n. 341.

(2) Cass., 21 août 1861, S., 62. 1. 315, D., 61. 1. 392; 1er août 1867, S., 68. 1. 16. — Bourges, 11 déc. 1865, S., 66. 2. 91, D., 66. 2. 40.

(3) Cass., 5 déc. 1838, S., 39. 1. 321, D., 39. 1. 519. — Laurent, VI, n. 342.

(4) Aubry et Rau, II, § 227, p. 467; Demolombe, X, n. 241; Laurent, VI, p. 334.

Ainsi je constitue à votre profit un droit d'usufruit sur un immeuble que vous croyez m'appartenir et qui ne m'appartient pas : la constitution d'usufruit est donc nulle, comme faite *a non domino;* vous exercerez néanmoins le droit d'usufruit, sans opposition du propriétaire, pendant le temps fixé par l'art. 2265. Vous aurez acquis le droit d'usufruit par la prescription. On ne voit pas, en effet, pourquoi l'exercice prolongé d'un droit d'usufruit ne pourrait pas fonder une prescription, tout aussi bien que l'exercice prolongé d'un droit de propriété (1). D'ailleurs le code civil n'ayant pas réglementé d'une manière spéciale l'acquisition du droit d'usufruit par la prescription, il y aurait lieu de se référer sur ce point aux règles du droit commun, contenues dans les art. 2262, 2265 et 2279.

On a fait contre cette solution plusieurs objections.

La première est tirée du silence que garde relativement à la prescription l'art. 579 qui énumère les modes de constitution de l'usufruit. Nous répondons : Le mot *prescription* n'est pas écrit, il est vrai, dans l'art. 579, mais l'idée qu'exprime ce mot s'y trouve en réalité contenue, car la prescription est un mode d'acquisition fondé sur la loi et sur la volonté de l'homme tout à la fois. Comme le dit fort bien Duranton (2), l'acquisition par la prescription s'accomplit en vertu de la loi qui la consacre et de la volonté de l'homme qui la laisse s'accomplir. On s'explique d'ailleurs à merveille que le législateur se soit borné à sous-entendre ici ce mode d'acquisition, du moment qu'il le laissait soumis pour le tout aux règles du droit commun; il a dû au contraire en faire une mention particulière en ce qui concerne les servitudes réelles (art. 690 s.), parce qu'il le soumettait alors à des règles toutes spéciales.

La deuxième objection est tirée de l'art. 2236, ainsi conçu : « Ceux qui possèdent pour autrui, ne prescrivent jamais... » Ainsi le fermier... l'*usufruitier* et tous autres qui détiennent » précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la pres-

(1) Cass., 17 juillet 1816, S., 17. 1. 152. — Cpr. Cass., 9 janv. 1889, S., 89. 1. 118, D., 90. 1. 125.

(2) Duranton, IV, n. 502.

» crire ». — Répondons avec Proudhon (1) : il faut distinguer dans un fonds grevé d'usufruit deux droits distinctifs, le droit de nue propriété, et le droit d'usufruit. En ce qui concerne le droit de nue propriété, l'usufruitier est détenteur précaire ; son titre même implique la reconnaissance du droit du nu propriétaire : c'est pour ce dernier qu'il possède, *alii non sibi ;* il ne pourra donc jamais prescrire la propriété contre lui, *etiam per mille annos.* L'usufruitier possède si bien, quant à la nue propriété, pour le compte du nu propriétaire, que celui-ci pourrait au besoin, en invoquant la possession de l'usufruitier, si elle a duré un temps suffisant, opposer la prescription à toute personne qui élèverait contre lui des prétentions à la nue propriété. Mais au contraire, relativement à son droit d'usufruit, l'usufruitier ou celui qui se dit tel ne le possède plus à titre précaire ; il le possède, comme titulaire du droit, pour son propre compte, et non pour celui du nu propriétaire. En un mot, comme le dit Cujas, « *fundum fructuarius possidet alii non sibi, jus fruendi sibi* ». La possession de l'usufruitier, en tant qu'elle s'applique à son droit d'usufruit, peut donc être utile pour la prescription de ce droit.

459. En droit romain, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* ou de l'action *communi dividundo* pouvait, dans certains cas, opérer le partage en attribuant la nue propriété à l'un des copropriétaires et l'usufruit à l'autre. L'usufruit était alors établi *per adjudicationem.* Notre législation actuelle refuse ce droit au juge de l'action en partage, par cela seul qu'elle ne le lui accorde pas. Les parties peuvent bien, si elles sont majeures et maîtresses de leurs droits, adopter dans un partage amiable un arrangement de ce genre, qui n'offrirait qu'un cas particulier d'usufruit établi par la volonté de l'homme ; mais un texte serait évidemment nécessaire pour qu'il pût leur être imposé dans un partage judiciaire, et on ne doit pas regretter son absence. Le juge de l'action en partage ne peut que diviser le bien, s'il peut être partagé commodément, ou en ordonner la licitation, dans le cas contraire (art. 827 et 1686).

(1) Proudhon, *De l'usufruit,* II, n. 751 s.

460. On voit, en résumé, que l'usufruit peut être établi par la loi, par la volonté de l'homme, manifestée dans un acte entre vifs ou dans un testament, et enfin par la prescription.

§ II. *Capacités et formalités requises pour la constitution d'usufruit.*

461. La constitution d'usufruit équivaut à une aliénation partielle ; car l'usufruit est un démembrement de la propriété, *pars quædam dominii*. De là, il résulte que, pour constituer un droit d'usufruit comme pour aliéner, il faut : 1° être propriétaire du bien qu'il s'agit de grever d'usufruit, ou, d'une manière plus générale, être titulaire d'un droit susceptible d'usufruit (1) ; 2° être capable de l'aliéner. Un mineur ou un interdit ne pourrait donc pas constituer valablement un droit d'usufruit sur ses biens.

462. Tout acte entre vifs, constitutif d'usufruit sur un bien immobilier, est assujetti à la transcription. Jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, la constitution d'usufruit n'est pas opposable aux tiers. Il n'y a pas à distinguer si l'acte constitutif est à titre gratuit ou à titre onéreux. Est-il à titre gratuit? la nécessité de la transcription résulte de l'art. 939, qui soumet à cette formalité les donations *de biens susceptibles d'hypothèques ;* or l'usufruit d'un immeuble est un bien susceptible d'hypothèque (art. 2118). Et, pour le cas où l'acte constitutif d'usufruit est à titre onéreux, la nécessité de la transcription résulte de l'art. 1 de la loi du 23 mars 1855, qui soumet à cette formalité les actes entre vifs (à titre onéreux) TRANSLATIFS *de droits réels susceptibles d'hypothèque.* — On objecterait en vain que ce dernier texte, parlant d'actes *translatifs,* ne peut pas comprendre l'acte *constitutif* d'usufruit. Il faut répondre que l'acte constitutif d'usufruit est aussi un acte *translatif ;* car le propriétaire *transfère* à un tiers le droit d'usufruit qui lui appartenait, il démembre sa propriété et accomplit par conséquent, une aliénation partielle.

463. Dans l'hypothèse d'une constitution d'usufruit *per*

(1) V. *infra*, n. 481.

deductionem, la transcription de la clause contenant réserve d'usufruit au profit du vendeur ou du donateur, n'est pas requise d'une façon spéciale, distincte de la transcription de l'acte qui constate le transfert de la nue propriété à l'acheteur ou au donataire. Mais si, par fraude ou par erreur, la transcription de cet acte avait été opérée sans reproduire la clause sur la réserve d'usufruit, de façon à donner à l'acte l'apparence d'un contrat translatif d'une pleine propriété, les tiers seraient-ils tenus néanmoins de respecter le droit de l'usufruitier, sauf leur recours contre l'auteur de la fraude ou de l'erreur, notaire ou conservateur des hypothèques ? Ou bien, au contraire, l'usufruitier serait-il réduit à ce recours, sans pouvoir opposer son droit aux tiers? Cette dernière solution paraît plus conforme aux principes généraux sur la publicité des droits réels, soumis à la formalité de l'inscription ou de la transcription : les seules mentions inscrites sur le registre public sont opposables aux tiers (1).

D'ailleurs, pourquoi voudrait-on établir une différence entre la réserve d'usufruit et les actes constitutifs de ce droit ? La vente, la donation qui séparent l'usufruit et la nue propriété ont, en réalité, tous les caractères d'un acte « constitutif » d'usufruit, et, comme telles, se trouvent soumises à la transcription; cette formalité, il est vrai, sauf erreur ou fraude, s'opère à la fois pour la nue propriété et pour l'usufruit, par la transcription d'un seul et même acte ; mais, si, en fait, un des droits n'a pas été révélé, rendu public, par suite d'une omission, il n'est pas opposable aux tiers (2).

464. Les termes de la loi ne permettent guère de considérer comme soumise à la transcription la constitution d'usufruit, qui résulte pour le mari, sur les biens de sa femme, de l'adoption de tel ou tel régime matrimonial; car cet usufruit, ainsi qu'on le verra plus loin (si tant est qu'on doive lui

(1) Ainsi l'erreur commise par le notaire dans la rédaction du bordereau d'inscription permet aux tiers d'invoquer, au besoin, la nullité de l'inscription. Toutefois, l'art. 2198 donne une solution différente lorsqu'une omission a été commise par le conservateur lors de la délivrance de l'état hypothécaire.

(2) Laurent, VI, n. 351; Le Senne, *De la transcription,* n. 107. — *Contra* Aubry et Rau, II, § 228, p. 470, note 6; Flandin, *De la transcription,* I, n. 429-432.

donner ce nom), n'est pas *susceptible d'hypothèque*. Cette solution, qui paraît certaine au cas où l'usufruit marital résulte de l'adoption du régime de la communauté légale par des époux qui se sont mariés sans contrat (car il n'y a pas ici d'acte constitutif, et il ne peut, par suite, être question de transcription), a été contestée à tort pour le cas où cet usufruit a sa source dans un contrat de mariage (1). Il n'y aurait même pas lieu de distinguer, comme on a voulu le faire, si le droit d'usufruit du mari est établi par le contrat sur l'ensemble des biens de la femme, ou seulement sur certains biens déterminés, comme il arriverait si la femme, dans un contrat de mariage contenant stipulation du régime dotal, s'était constitué en dot certains immeubles déterminés. La raison de décider est la même dans tous les cas : l'usufruit marital n'est pas susceptible d'hypothèque, et n'est pas compris, par conséquent, dans les termes de l'art. 1 de la loi sur la transcription.

On a surtout discuté dans l'hypothèse du régime dotal avec constitution de dot limitée à certains immeubles déterminés ; l'intérêt de la transcription apparaîtrait avec évidence à la suite d'une aliénation des immeubles dotaux, consentie par la femme dans l'intervalle qui s'écoule entre le contrat de mariage et le mariage lui-même ; le mari, grâce à une transcription préalable, conserverait son droit de jouissance sur les immeubles ainsi vendus (2). Mais, comme le droit de jouissance du mari sur les biens dotaux n'est pas susceptible d'hypothèque, le mari n'est pas un des tiers que vise l'art. 3 de la loi de 1855, et, en conséquence, dans ses rapports avec les acquéreurs de biens dotaux, il est indifférent de savoir si l'on a ou non opéré la transcription soit des actes d'aliénation, soit du contrat de mariage (3).

465. En aucun cas, la constitution d'usufruit faite par testament n'est soumise à la transcription ; car la loi du 23 mars 1855 n'assujettit à cette formalité que les actes entre vifs.

(1) Aubry et Rau, II, § 228, p. 471, note 8 ; Flandin, I, n. 353 et 354.

(2) Troplong, *De la transcription*, n. 81 à 83 ; Mourlon, *De la transcription*, I, n. 50 et 51.

(3) Aubry et Rau, II, § 228, p. 471, note 9.

L'usufruit testamentaire est donc opposable aux tiers indépendamment de toute transcription.

466. Enfin l'usufruit légal n'est jamais assujetti à la transcription, puisqu'il n'y a pas d'acte auquel puisse s'appliquer cette formalité.

§ III. *Des diverses modalités dont la constitution d'usufruit est susceptible.*

467. *Modalité* (de *modus*) signifie *manière d'être*. La constitution d'usufruit est susceptible des mêmes modalités que l'aliénation, car elle n'est, à bien dire, qu'une aliénation partielle. Les principales sont indiquées par l'art. 580 : « *L'usufruit peut être établi, ou purement ou à certain jour, ou à condition* ».

468. = *Purement*. L'usufruit est établi purement et simplement, quand il est constitué sans aucune modalité.

L'usufruit s'ouvre alors, en principe, au moment même de sa constitution ; en conséquence, l'usufruitier retire aussitôt les avantages utiles que comporte son droit, par exemple l'attribution des fruits : si, par une circonstance quelconque, le nu propriétaire était demeuré en possession, il devrait rendre compte des fruits qu'il aurait perçus depuis l'ouverture de l'usufruit (1). La conséquence indiquée, tout à fait exacte pour l'usufruit légal et l'usufruit constitué par actes entre vifs, souffre une restriction si l'usufruit est testamentaire : en effet, le légataire d'un usufruit, soumis à la disposition de l'art. 1014, malgré l'ouverture de son droit dès le décès du testateur, est tenu d'attendre la délivrance du legs pour recueillir les fruits (2).

469. = *A certain jour*. C'est-à-dire à terme. Le terme, *dies*, est un espace de temps. Cette modalité peut offrir ici deux variantes. L'usufruit peut être constitué, — soit *ex die*, c'est-à-dire à partir d'un certain jour, comme si un testateur a dit : « Je lègue l'usufruit de tel immeuble à *Primus ; il n'entrera*

(1) Aubry et Rau, II, § 230, p. 480.

(2) Cpr. *infra*, n. 495, et la partie du traité consacrée aux *Donations et testaments*.

en jouissance qu'une année après ma mort », soit *in diem*, c'est-à-dire pour durer jusqu'à une certaine époque; exemple : « Je lègue à *Primus* l'usufruit de tel immeuble *pour cinq années* ». Ici l'usufruit s'ouvrira au profit du légataire dès le jour du décès du testateur, mais il prendra fin au bout de cinq années.

470. = *A condition.* La condition est un événement futur et incertain auquel on subordonne l'existence ou la résolution d'un droit (art. 1168). Il y a donc deux espèces de conditions : la condition *suspensive* et la condition *résolutoire*. L'usufruit serait constitué sous condition *suspensive* dans l'espèce suivante : « Je lègue l'usufruit de tel immeuble à Paul, *s'il se marie* ». Le droit du légataire sera suspendu (c'est-à-dire qu'il ne prend pas naissance) jusqu'à ce qu'il se soit marié. Voici maintenant l'exemple d'un usufruit constitué sous condition résolutoire : « Je lègue l'usufruit de tel immeuble à Paul; son droit sera résolu (c'est-à-dire sera considéré comme n'ayant jamais existé) s'il dépasse l'âge de trente ans sans se marier ». Ici le droit du légataire s'ouvrira après la mort du testateur, sauf résolution si le légataire ne s'est pas marié dans le délai fixé par le testateur.

471. Lorsqu'un usufruit est constitué à terme, *ex die*, il est par la force même des choses conditionnel, *vi ipsa conditio inest*. En effet le droit d'usufruit ne pouvant pas s'ouvrir dans la personne des héritiers de l'usufruitier, puisqu'il n'est pas héréditairement transmissible, il en résulte que l'usufruit ne prendra naissance que *si l'usufruitier existe à l'expiration du terme fixé;* il est donc conditionnel. *Tunc enim constituitur ususfructus quum quis jam frui potest.*

472. Par suite l'usufruitier à terme suspensif et l'usufruitier sous condition suspensive se trouvent dans la même situation juridique : titulaires l'un et l'autre d'un droit incertain, intransmissible, ils ont cependant, même avant l'échéance du terme ou la réalisation de la condition, un droit sur la chose leur permettant de prendre toutes mesures conservatrices et mettant obstacle à l'aliénation en pleine propriété que voudrait consentir le nu-propriétaire (1).

(1) Demolombe, X, n. 255; Laurent, VI, n. 359.

473. L'usufruit peut être constitué avec ou sans charges; on peut enfin l'établir sous une *alternative* et le soumettre aux règles du code sur les obligations alternatives, sauf à tenir compte du caractère particulier de l'usufruit, droit strictement attaché à la personne de son titulaire; si ce dernier meurt avant d'avoir exercé son choix, l'option n'est pas permise aux héritiers, puisque le droit même se trouve éteint (1). Tout autre serait l'hypothèse d'un legs ayant pour objet alternatif soit un usufruit, soit la pleine propriété d'un bien; la mort du légataire avant l'exercice de l'option, supprimerait l'alternative pour ne laisser place qu'à un legs pur et simple en pleine propriété, transmissible aux héritiers (2).

§ IV. *Quels biens sont susceptibles d'usufruit.*

474. « *Il* (l'usufruit) *peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles* », dit l'art. 581.

475. = *Sur toute espèce de biens.* Pourvu qu'ils soient dans le commerce.

476. = *Meubles ou immeubles.* L'usufruit portant sur des immeubles est immobilier (art. 526); celui qui porte sur des meubles est mobilier (3).

477. Entre l'usufruit immobilier et l'usufruit mobilier, on retrouve les mêmes différences qui distinguent la propriété immobilière et la propriété mobilière. Que l'usufruit porte sur un meuble ou sur un immeuble, ce droit est réel, mais le principe de l'art. 2279 enlève à l'usufruit mobilier l'avantage du droit de suite; l'usufruit immobilier a le caractère d'un propre sous le régime de la communauté, bien que l'émolument, les fruits recueillis, tombent dans le patrimoine commun; si l'usufruit était mobilier, le droit lui-même tomberait dans la communauté; seul, l'usufruit immobilier est suscep-

(1) La solution est certainement exacte pour les fruits à venir; mais pour ceux perçus dans le passé avant le décès de l'usufruitier, si ce dernier était resté dans l'indécision, ses héritiers pourraient y prétendre; l'usufruitier en effet avait lui-même droit aux fruits de l'un ou de l'autre fonds, en supposant du moins un usufruit constitué par acte entre vifs.

(2) Laurent, VI, n. 361.

(3) V. *supra*, n. 104.

tible d'hypothèque ; au point de vue fiscal, enfin, le droit est plus élevé, quand il s'applique à un usufruit immobilier.

478. L'usufruit peut d'ailleurs porter :

Sur des choses non frugifères aussi bien que sur des choses frugifères :

Sur des universalités de fait ou de droit, aussi bien que sur des choses individuellement envisagées ;

Sur des choses incorporelles aussi bien que sur des choses corporelles. Ainsi un droit d'usufruit peut porter sur une créance ou sur une rente soit perpétuelle, soit viagère ; sur un droit de superficie, d'emphytéose (1), sur un droit au bail (2) ; l'usufruitier de tous les biens d'une succession a le droit de jouir d'un bail à ferme exploité par le défunt et trouvé dans la succession (3).

On peut même établir un droit d'usufruit sur un autre usufruit ; il y a alors un usufruit enté sur un autre.

479. L'usufruit qui englobe tout le patrimoine d'une personne, par exemple en vertu d'une disposition testamentaire, s'applique aux biens dont le testateur avait seulement la nue propriété ; mais le légataire ne pourra recueillir les fruits de ces biens qu'après l'extinction de l'usufruit existant encore au jour du décès du testateur. La solution a pourtant soulevé une objection : le testateur, qui constitue un usufruit sur des biens dont il a seulement la nue propriété, fait un legs de la chose d'autrui ; mais cette objection n'est pas fondée : en effet, l'usufruit légué n'est pas celui que le tiers exerce encore au décès, mais un nouvel usufruit qui doit prendre naissance après la disparition du premier ; le legs est constitutif d'un usufruit à terme incertain, dont l'échéance se place à la mort du tiers titulaire de l'autre usufruit créé avant le décès (4).

480. Malgré la généralité des termes employés par l'art. 581

(1) Paris, 9 juill. 1822, D. *Rép.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 743.

(2) Caen, 23 mai 1868, S., 69. 2. 18.

(3) Cass., 19 janv. 1857, S., 59. 1. 421, D., 59. 1. 279. — Montpellier, 13 mars 1856, S., 57. 2. 695, D., 57. 2. 160.

(4) Rouen, 20 déc. 1852, S., 53. 2. 353, D., 54. 2. 109. — Rennes, 19 mai 1863, S., 63. 2. 263, D., 63. 5. 230. — Bordeaux, 26 juin 1863, S., 63. 2. 263, D., 63. 2. 157 ; Demolombe, XVIII, n. 690 ; Laurent, VI, n. 344 ; Proudhon, *De l'usufruit*, I, n. 302.

les servitudes ne sont pas, *per se*, susceptibles d'usufruit: elles ne peuvent en être grevées que conjointement avec le fonds dont elles sont un accessoire, parce qu'elles n'ont pas une existence indépendante de ce fonds.

On a vu plus haut (n. 440) que les choses consomptibles sont susceptibles d'être grevées, sinon d'un véritable usufruit, du moins d'un droit équivalent, que les commentateurs appellent *quasi-usufruit;* nous en traiterons plus loin (1).

481. Le code civil s'occupe successivement des droits de l'usufruitier, de ses obligations, de l'extinction de l'usufruit. Ces dispositions, dont l'ensemble constitue la réglementation du droit d'usufruit, s'appliquent en principe à l'usufruit soit légal, soit conventionnel, soit testamentaire.

482. Il est tout simple que le code ait réglementé l'usufruit légal : quand la loi accorde un droit, il faut bien qu'elle en détermine les conditions. Elle devait réglementer aussi l'usufruit établi par la volonté de l'homme, afin d'épargner ce soin aux particuliers qui constituent des droits d'usufruit et elle l'a réglementé de la même manière que l'usufruit légal, parce qu'il n'y a pas de motifs pour le soumettre à des règles différentes. Mais les dispositions de la loi ne sont, en ce qui concerne l'usufruit conventionnel ou testamentaire, que *déclaratives* de la volonté des parties ou du testateur. C'est dire qu'il peut y être dérogé. Ainsi le titre constitutif de l'usufruit peut accorder à l'usufruitier le droit d'exiger que la chose lui soit délivrée en bon état de réparations, contrairement à l'art. 600, ou bien le dispenser de fournir la caution qu'exige l'art. 601, ou l'obliger à faire les grosses réparations, dont il n'est pas tenu aux termes de l'art. 605. Et toutefois il y a quelques-unes des règles établies par la loi auxquelles la volonté des parties ne pourrait pas déroger : ce sont celles qui touchent à l'ordre public, notamment la règle que l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier.

(1) V. *infra*, n. 574 s.

SECTION III

DES DROITS DE L'USUFRUITIER

§ I. *Principes généraux.*

A. *Du droit de jouissance de l'usufruitier.*

483. Tous les droits de l'usufruitier se résument dans la jouissance de la chose grevée d'usufruit. La loi détermine l'étendue de ce droit de jouissance dans notre section.

Le droit de jouir comprend, comme nous l'avons vu, le droit d'user de la chose, *jus utendi,* et le droit d'en recueillir les fruits, *jus fruendi.* L'art. 582 ne mentionne que ce dernier : « *L'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l'objet dont il a l'usufruit* ». Quand la loi dit que l'usufruitier a le droit de *jouir des fruits,* elle n'entend pas exprimer cette idée que l'usufruitier n'a qu'un simple droit de jouissance sur les fruits, ce qui aurait pour conséquence de l'obliger à les restituer au propriétaire lors de la cessation de l'usufruit, mais bien que l'usufruitier a le droit de recueillir et de s'approprier tous les fruits de la chose, ce qui lui permet d'en disposer comme il l'entendra. *Omnis fructus rei ad fructuarium pertinet,* dit la loi romaine.

484. Laurent (1) attribue au droit de l'usufruitier sur les fruits un caractère mobilier, sans cesser de considérer comme immobilier l'usufruit lui-même, s'il porte sur un immeuble et il signale, à ce propos, la difficulté soulevée au sujet d'un usufruit légué à titre d'aliments et déclaré insaisissable ; la cour de cassation (2) a finalement admis la validité de cette clause, qui concernait les fruits plutôt que l'usufruit lui-même et n'était pas, par suite, contraire à l'art. 581-3° Pr. civ. Pour être exacte, la formule de Laurent exige plus de précision ; sans aucun doute le droit de l'usufruitier sur les

(1) Laurent, VI, n. 390.
(2) Cass., 1er juill. 1863, D., 63. 1. 312.

fruits détachés et perçus est mobilier (1) ; mais on aurait tort d'assigner le même caractère au droit éventuel de percevoir les fruits, à la faculté de les détacher lors de leur maturité; en effet ce droit, cette faculté équivalent à l'usufruit lui-même ou tout au moins en forment l'attribut essentiel; si donc l'usufruit est immobilier, cet attribut fondamental doit avoir le même caractère; en d'autres termes, il faut étendre à la matière de l'usufruit les règles applicables au droit de propriété; les récoltes encore attachées par les racines ou les fruits des arbres non encore recueillis sont immeubles, peu importe que ces choses soient l'objet d'un droit de propriété ou d'un droit d'usufruit (2).

1° *Produits et fruits divers.*

485. Les fruits sont tout ce qu'une chose produit et reproduit sans altération de sa substance, *quidquid ex re nasci et renasci solet*. On voit par cette définition que tous les produits d'une chose, indistinctement, ne sont pas des fruits, mais seulement ceux qui se perçoivent périodiquement : tous les ans, comme les céréales, le vin ; tous les trois ans, comme la taille d'une oseraie; tous les dix, tous les quinze ans, comme la coupe d'un bois taillis... Les produits qui ne se perçoivent pas périodiquement ne sont pas des fruits, et l'usufruitier n'y a aucun droit. Il en est ainsi notamment des matériaux provenant de la démolition d'un édifice, du trésor (art. 598), des arbres d'une haute futaie non aménagée, et des produits d'une mine ou d'une carrière qui n'était pas encore en exploitation lors de l'ouverture de l'usufruit.

486. L'usufruitier ne peut s'approprier les produits qui n'ont pas le caractère de fruits ; mais ne serait-il pas en droit d'exercer son usufruit sur leur valeur estimative et de réclamer l'intérêt du capital que ces produits représentent, lorsque, détachés du fonds, ils sont entrés dans le patrimoine

(1) En effet, à partir de leur séparation, les fruits, meubles par nature, deviennent la propriété de l'usufruitier.

(2) Ces mêmes objets pourraient aussi revêtir le caractère de meubles par anticipation à l'égard d'un usufruitier, dans les mêmes cas et dans les mêmes conditions qu'à l'égard d'un propriétaire.

du nu propriétaire? Cette prétention de l'usufruitier ne serait pas fondée; les textes du code semblent formels; l'art. 624 le dit expressément des matériaux d'une maison démolie, les art. 591 à 593 déterminent la limite de la jouissance de l'usufruitier sur les arbres de haute futaie; l'art. 598 tranche la question pour les produits des mines et carrières et enfin l'art. 599 ne laisse à l'usufruitier aucun droit sur le trésor (1).

487. La loi distingue trois espèces de fruits : les fruits *naturels*, les fruits *industriels* et les fruits *civils*. Cette distinction, que nous avons déjà indiquée (*supra*, n. 290), présente une très grande importance au point de vue de l'acquisition des fruits par l'usufruitier. Il faut donc insister.

488. *a.* Fruits naturels. « *Les fruits naturels sont ceux qui* » *sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît* » *des animaux sont aussi des fruits naturels* » (art. 583 al. 1). Cpr. art. 547. Les fruits naturels sont donc ceux que la chose donne elle-même et sans le secours de l'industrie de l'homme, comme l'herbe des prairies naturelles, les roseaux qui croissent dans les marais. Ce sont les enfants naturels du sol, si l'on peut ainsi parler.

489. *b.* Fruits industriels. « *Les fruits industriels d'un fonds* » *sont ceux qu'on obtient par la culture* » (art. 583 al. 2). D'une manière plus générale, les fruits industriels sont les produits de la chose fécondée par l'industrie de l'homme.

Aujourd'hui que l'industrie de l'homme pénètre partout, les fruits naturels tendent à disparaître, à tel point qu'on est presque embarrassé pour en citer des exemples. L'herbe des prairies dites naturelles est le plus souvent un fruit industriel, parce qu'il est bien rare que la main de l'homme n'intervienne pas pour améliorer ou augmenter la production du sol. Le *fœtus pecorum* lui-même, que notre article cite comme appartenant à la catégorie des fruits naturels, peut être un fruit industriel : car l'industrie de l'homme intervient aujourd'hui non seulement dans la fécondation du sol, mais aussi dans celle des animaux. Au surplus, la distinction entre les

(1) V. une application de cette idée à des antiquités découvertes dans un fonds. Trib. civ. Saint-Sever, 15 juill. 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 320.

fruits naturels et les fruits industriels ne présente pas d'intérêt, comme nous le verrons tout à l'heure; aussi n'y insisterons-nous pas davantage.

490. *c.* Fruits civils. « *Les fruits civils sont les loyers des » maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des » rentes. — Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans » la classe des fruits civils* » (art. 584).

Les fruits naturels et les fruits industriels sont produits par la chose elle-même. Il en est autrement des fruits civils: on ne les retire pas de la chose, mais on les obtient seulement à son occasion; ils sont le plus souvent le produit d'un contrat relatif à la chose. Ce sont des fruits *fictifs* ainsi que le donne à entendre l'expression *fruits civils,* qui est synonyme de *fruits par la détermination de la loi.* Ainsi le loyer d'une maison n'est pas produit par cette maison; il est payé en exécution d'un contrat de bail, dont la maison a été l'occasion. La loi déclare que ce loyer est un fruit, parce qu'il est le prix de la jouissance de la chose et qu'il tient lieu par conséquent de cette jouissance.

491. Outre les loyers des maisons, la loi cite comme appartenant à la catégorie des fruits civils :

Les intérêts des sommes EXIGIBLES, c'est-à-dire des sommes dont le créancier peut, à une époque plus ou moins éloignée, exiger le paiement par opposition aux *rentes,* dont le créancier ne peut jamais exiger le remboursement.

Les arrérages des rentes, perpétuelles ou viagères, car la loi ne distingue pas.

L'idée de fruits comporte ici, suivant une remarque déjà faite, une extension (1); on pourrait assimiler au même titre à des fruits civils les émoluments d'un usufruit.

Les prix des baux à ferme. Ainsi un fonds de terre grevé d'usufruit est affermé moyennant 1.000 fr. par an, ou moyennant 50 hectolitres de froment par chaque année. Cette redevance annuelle, fixe et invariable, que paie le fermier, constitue un fruit civil (2). Il en serait autrement, si le fonds grevé

(1) V. *supra,* n. 290; les fruits naturels comportent aussi des extensions de même nature, *supra,* n. 290.

(2) Lorsque le fermier acquitte son fermage en nature par la remise au bailleur

d'usufruit avait été donné à bail moyennant une redevance aléatoire consistant dans une quote-part des fruits du fonds, par exemple la moitié. C'est le cas du bail à colonage partiaire. La redevance que paie le colon appartient à la catégorie des fruits industriels et non à celle des fruits civils.

492. Que dire des produits d'une usine? Si elle est donnée à bail, il est certain que les loyers payés par le preneur sont des fruits civils (arg. art. 584). Et la même solution nous paraît devoir être admise si l'usine est exploitée par l'usufruitier. En effet, il est certain que les produits que l'usufruitier retire de l'usine ne sont pas des fruits naturels. Il est difficile aussi de les considérer comme des fruits industriels, car la loi paraît n'attribuer ce caractère qu'aux fruits naissant de la *chose elle-même* avec le secours et l'industrie de l'homme (arg. art. 583 et 585 al. 1); or ce n'est pas l'usine qui donne des produits; c'est l'industrie de l'usufruitier appliquée à cette usine; donc ce sont des fruits civils.

493. Suivant une remarque très exacte, cette catégorie de revenus n'est pas entrée dans la prévision du code, dont les textes visent seulement les produits de la terre, ceux du travail appliqué à la terre et les revenus que fournissent le louage des choses et le placement des capitaux. Les produits industriels, dans le sens moderne du mot, c'est-à-dire ceux qui proviennent du travail, de l'industrie de l'homme et de l'emploi des capitaux, ne cadrent pas avec les définitions légales. La difficulté pratique est de discerner la règle applicable à l'acquisition de ces produits par l'usufruitier (1).

2° Intérêts que présente la distinction des diverses espèces de fruits.

494. L'usufruitier acquiert les fruits naturels et les fruits industriels *par la perception* (art. 585); au contraire il acquiert les fruits civils; ou mieux il est *réputé* les acquérir *jour par jour* (art. 586). On voit qu'au point de vue de leur acquisition par l'usufruitier comme d'ailleurs à tous les autres, la loi met les fruits naturels et les fruits industriels sur la même

d'une quantité déterminée de grains, on évalue, pour l'application de l'art. 586, ces fruits en argent à l'aide des mercuriales.

(1) V. *infra*, n. 517.

ligne; il était donc inutile de les distinguer : on aurait dû les confondre dans une même catégorie, sous le nom de *fruits naturels* par exemple, et les opposer aux fruits civils qui sont des fruits *fictifs*. La distinction des fruits naturels et des fruits industriels a pris naissance au sujet du possesseur de bonne foi. On doutait autrefois que le possesseur de bonne foi eût droit aux fruits naturels comme aux fruits industriels qui lui étaient attribués *pro cultura et cura*. Cette controverse est éteinte depuis longtemps, et la distinction qu'elle avait engendrée aurait dû disparaître.

Etudions maintenant la double règle que nous venons de formuler.

495. 2. PREMIÈRE RÈGLE : FRUITS NATURELS OU INDUSTRIELS. — *L'usufruitier acquiert les fruits naturels et les fruits industriels par la perception.* L'art. 585 al. 1 dit à ce sujet : « *Les » fruits naturels et industriels, pendants par branches ou par » racines au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à » l'usufruitier* ». Sous-entendez : *à la condition qu'il les perçoive*. La loi, qui statue toujours *de eo quod plerumque fit*, a supposé, ce qui arrivera, en effet, presque toujours, que l'usufruit durera assez de temps pour que l'usufruitier perçoive la récolte pendante lors de l'ouverture de l'usufruit; mais il certain qu'elle appartiendrait au propriétaire, si l'usufruit prenait fin avant que l'usufruitier eût pu la percevoir; et c'est, au surplus, ce que dit en toutes lettres l'al. 2 de notre article.

L'application de l'art. 585 suppose connu le moment où s'ouvre l'usufruit, époque variable, on le sait, suivant que l'usufruit a été constitué par testament ou par acte entre vifs. Dans le premier cas, la demande en délivrance marque l'ouverture de l'usufruit. Dans le second, l'usufruit commence à la date fixée par le contrat; si, par une circonstance quelconque, le nu propriétaire était demeuré en possession après l'ouverture de l'usufruit, il devrait restituer les fruits perçus depuis cette époque, puisque l'on ne doit pas avoir égard à la cause qui a entraîné la séparation des fruits.

496. En effet, les fruits soit naturels, soit industriels sont réputés perçus par l'usufruitier dès qu'ils sont détachés du

sol, même indépendamment du fait de l'usufruitier, par exemple par un coup de vent, contrairement à ce que décidait la loi romaine. C'est ce qui résulte de l'art. 585 al. 2, ainsi conçu : « *Ceux qui sont dans le même état au moment où* » *finit l'usufruit appartiennent au propriétaire* ». En décidant que les fruits pendants lors de la cessation de l'usufruit appartiennent au nu propriétaire, ce texte décide implicitement que ceux qui ne sont plus pendants, c'est-à-dire ceux qui sont séparés du sol par quelque cause que ce soit, ne lui appartiennent pas.

La solution qui attribue à l'usufruitier les fruits détachés, sans se préoccuper de la cause de la séparation, est préférable, au point de vue juridique, à la solution contraire du droit romain; en effet, l'usufruitier exerce sur les fruits le même droit que le propriétaire ; ce dernier conserve les fruits après leur séparation fortuite ou voulue, mais son droit, immobilier jusque-là, se transforme en un droit mobilier. L'usufruitier est dans une situation juridique analogue : avant la séparation, il a un droit immobilier sur les fruits, un droit d'usufruit qui se réalise et se transforme en un droit de propriété, en un droit mobilier sur les fruits détachés (1).

497. Si la séparation suffit pour faire acquérir à l'usufruitier la propriété des fruits, en revanche, cette condition est toujours nécessaire ; les fruits parvenus à maturité, lorsque l'usufruit prend fin, appartiennent au nu propriétaire si, en fait, ils n'ont pas été détachés ; l'art. 590 contient une application de cette idée. La règle ne fléchirait même pas devant la preuve d'un cas de force majeure, d'une maladie par exemple, qui aurait mis l'usufruitier dans l'impossibilité de faire la récolte ; elle comporte, toutefois, une exception, lorsque le nu propriétaire a, par son propre fait, mis obstacle à la perception ou lorsque l'empêchement résulte d'une contestation relative à la propriété (2). Cependant, si le procès qui a pu arrêter la perception des fruits avait été soulevé par un tiers, sans collusion ni imprudence du nu propriétaire, il paraîtrait plus exact de considérer le litige comme un cas de

(1) V. *supra*, n. 85.
(2) Aubry et Rau, II, § 230, p. 481 ; Demolombe, I, n. 369.

force majeure dans les rapports de l'usufruitier et du nu propriétaire. Les fruits non perçus appartiendraient à ce dernier ; l'usufruitier aurait seulement une action en dommages-intérêts contre l'auteur du procès qui, par son fait, lui a causé préjudice en l'empêchant de recueillir les fruits [1].

498. La règle conduit encore à cette conséquence : si l'usufruitier a perçu une partie seulement de la récolte, l'autre partie, qui est encore pendante lors de la cessation de l'usufruit, appartient au nu propriétaire.

499. L'usufruitier étant tenu de jouir en bon père de famille, ne doit percevoir les fruits qu'à l'époque de leur maturité, sauf exception toutefois pour certains fruits qu'il est d'usage de cueillir verts, parce qu'ils donnent ainsi un plus grand profit, comme les olives [2]. L'usufruitier, qui ne se serait pas conformé à ces règles, ne deviendrait pas propriétaire des fruits qu'il aurait perçus irrégulièrement, si son usufruit prenait fin avant l'époque où la récolte aurait dû être faite ; du moins, le propriétaire serait en droit de réclamer de ce chef une indemnité.

Au contraire, avant l'ouverture de l'usufruit, le propriétaire, dont le droit de jouissance est absolu et va jusqu'à l'abus, reste libre de percevoir les fruits. Cependant, il ne pourrait agir ainsi en fraude du droit consenti à l'usufruitier, et, dans le cas où un usufruit aurait été constitué à terme, par acte entre vifs, si le propriétaire, quelques jours avant l'échéance du terme, enlevait tous les fruits mûrs ou non, il commettrait, en violation du contrat, un acte préjudiciable à l'usufruitier, et devrait, en conséquence, réparer le dommage causé [3].

500. La règle que l'usufruitier fait siens les fruits naturels et les fruits industriels par la perception, conduit souvent à des résultats singuliers. Ainsi un usufruit, portant sur un vignoble, s'ouvre la veille des vendanges ; il prend fin aussitôt après les vendanges de l'année suivante. Pour une jouissance d'une année et quelques jours, l'usufruitier aura perçu

[1] Laurent, VI, n. 393.
[2] Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. II, sect. 1, art. 7 ; Laurent, VI, n. 392.
[3] Laurent, VI, n. 388.

et acquis deux récoltes. En sens inverse, il peut se faire qu'il n'en perçoive aucune pour une jouissance de près d'une année: c'est ce qui arrivera, si l'usufruit s'ouvre le lendemain de la récolte, et prend fin la veille du jour où la récolte suivante devait être faite. Ce sera bien autre chose si l'usufruit porte sur un fonds dont les fruits se perçoivent par périodes de dix, quinze années, et plus, comme les bois taillis. En supposant un taillis aménagé pour être coupé tous les dix ans, il pourra arriver que, pour une jouissance de moins de onze années, l'usufruitier fasse deux coupes, qui correspondent à une jouissance de vingt années : il en sera ainsi dans le cas où l'usufruit, s'étant ouvert au moment où la coupe allait être faite, prendra fin quelque temps après la coupe suivante. En sens inverse, si l'usufruit s'est ouvert quelques jours après la coupe, et qu'il ait pris fin quelques jours avant l'époque fixée pour la coupe suivante, l'usufruitier n'aura rien perçu pour une jouissance de près de dix années. L'usufruit est plein de ces incertitudes; c'est un droit aléatoire.

501. Mais voici qui peut paraître bien plus extraordinaire encore :

Après avoir formulé les deux dispositions que nous venons de développer, l'art. 585 ajoute dans sa partie finale : « *Sans* » *récompense de part ni d'autre des labours et des semences,* » *mais aussi sans préjudice de la portion des fruits qui pour-* » *rait être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au* » *commencement ou à la cessation de l'usufruit* ». Ainsi l'usufruitier trouve à l'ouverture de l'usufruit une récolte prête à être recueillie; il n'aura pas à rembourser au propriétaire les frais que celui-ci a faits pour préparer cette récolte. Réciproquement le nu propriétaire ne doit aucune indemnité à l'usufruitier, aucune *récompense,* comme dit la loi, pour les frais de la récolte qu'il trouve pendante lors de la cessation de l'usufruit.

La question que résout notre article était très controversée dans notre ancien droit. En la tranchant dans ce sens, notre législateur paraît s'être surtout proposé pour but d'éviter des règlements de compte minutieux entre le nu propriétaire et l'usufruitier.

Toutefois la solution de Pothier paraît préférable en principe à celle du code : l'usufruitier, d'après cet auteur, ne doit pas de récompense au nu propriétaire ; en effet, l'usufruit a-t-il été établi par donation ou testament, il est à présumer que le disposant a eu la volonté de donner le fonds dans l'état où il se trouvait, avec les fruits pendants et le bénéfice des impenses déjà faites pour la production ; l'usufruit a-t-il été constitué à titre onéreux, la question des impenses a dû se poser, se débattre et se régler, au moins implicitement, lors de la fixation du prix. Mais, à l'inverse, le nu propriétaire doit, quand l'usufruit prend fin, rembourser les impenses faites ; sinon, en recueillant les fruits, il va s'enrichir au détriment de l'usufruitier ou de ses ayant cause (1).

L'application de notre disposition amènera souvent une compensation entre le nu propriétaire et l'usufruitier. C'est ce qui arrivera si l'usufruitier ayant recueilli une récolte préparée par les soins du nu propriétaire, celui-ci recueille à la fin de l'usufruit une récolte préparée par les soins de l'usufruitier ; ou encore s'il n'existe de récolte pendante ni au commencement ni à la fin de l'usufruit. En dehors de ces deux cas, il est facile de voir que ce sera tantôt l'usufruitier, tantôt le nu propriétaire, qui bénéficiera de la disposition de la loi, sans qu'on puisse dire à l'avance lequel des deux, à cause de l'incertitude qui existe toujours sur l'époque à laquelle l'usufruit prend fin, et le plus souvent sur celle où il s'ouvre. La loi établit entre le nu propriétaire et l'usufruitier un ensemble de chances qui se balancent, et cela répond, dans une certaine mesure, au reproche d'injustice qu'on a adressé à sa disposition.

502. Au surplus la loi ne règle ici que les rapports respectifs du nu propriétaire et de l'usufruitier (argument des mots *sans récompense de part ni d'autre*). Il y aurait donc lieu d'appliquer les règles du droit commun, si les frais de la récolte avaient été faits par un tiers. Ainsi l'usufruitier, lors de l'ouverture de l'usufruit, trouve une récolte préparée par les soins d'un tiers possesseur de bonne ou de mauvaise foi ;

(1) Pothier, *Du douaire*, n. 201 et 272.

il faudra appliquer l'art. 548, et par suite l'usufruitier devra rembourser au possesseur ses frais de culture.

503. Au tiers possesseur de bonne ou de mauvaise foi, Laurent (1) assimile l'héritier qui, avant la demande en délivrance, aurait cultivé le fonds grevé d'usufruit. Assimilation très contestable : l'héritier, en effet, conserve les fruits perçus jusqu'à l'ouverture de l'usufruit, jusqu'à la demande en délivrance, pour laisser à l'usufruitier ceux qui sont encore pendants à cette époque, conformément à l'art. 585 ; on est donc bien dans l'hypothèse de ce texte, lequel ne suppose pas nécessairement un rapport entre l'usufruitier et celui qui a constitué le droit d'usufruit. Mais l'héritier, dit-on, a géré au nom du légataire et il a droit aux dépenses utilement effectuées. Pourquoi, si l'héritier a la qualité de gérant d'affaires, conserve-t-il les fruits jusqu'à la délivrance? Certes l'héritier va peut-être subir une perte : dans l'intérêt des immeubles, pour ne pas les abandonner sans culture, il aura fait des frais et il verra, ensuite, le légataire exiger la délivrance et percevoir les fruits sans bourse délier. L'héritier qui agirait ainsi commettrait une grave imprudence, s'il avait connaissance du legs d'usufruit; plutôt que d'exposer des frais, il ferait mieux de consentir volontairement la délivrance ou, tout au moins, de mettre le légataire en demeure de se prononcer sur l'acceptation ou le refus du legs. Si le légataire avait, par négligence, laissé l'héritier dans l'ignorance du testament, sa responsabilité se trouverait engagée et le silence gardé pourrait servir de base à une action en dommages-intérêts dont le résultat pour l'héritier aboutit au besoin au remboursement des impenses déjà faites. Enfin si l'héritier a exposé des frais avant la découverte tardive du testament, sans que le retard soit imputable à une personne déterminée, il devra subir l'application de l'art. 585, comme il en pourra bénéficier à l'extinction de l'usufruit; en effet, au moment où les dépenses étaient effectuées, il avait l'intention de gérer sa propre affaire et non celle de l'usufruitier.

504. Voici encore une hypothèse assez délicate : le pro-

(1) Laurent, VI, n. 385.

priétaire, avant l'ouverture de l'usufruit, avait assumé les frais de semences et de labours, mais sans les payer. Les ouvriers employés dans les labours, les tiers, vendeurs des semences, pourront-ils réclamer à l'usufruitier le paiement des sommes dues ? Ils ont sans aucun doute, contre lui et contre les créanciers, le privilège de l'art. 2101 ; mais il n'est pas besoin, comme on l'a cru, pour expliquer l'exercice de ce privilège, de considérer l'usufruitier comme débiteur personnel des frais engagés. En effet, si le privilège se réalise sur le prix des récoltes, sur des meubles, en réalité il grève les récoltes et les fruits bien avant leur séparation du sol, quant ils sont encore immeubles ; le privilège atteint le droit de jouissance du propriétaire et ce droit passe à l'usufruitier avec la charge réelle qui le grève ; l'usufruitier ne pourra donc recueillir les fruits que sous la réserve du privilège mentionné à l'art. 2101. Bien qu'exercé sur des meubles, lors de sa réalisation, le privilège ici procure un droit de suite ; mobilier en ce sens qu'il est accordé en vue et sous la condition de la mobilisation éventuelle des fruits et récoltes, il n'en a pas moins frappé auparavant des choses immobilières et l'on comprend ainsi que l'usufruitier puisse être tenu *propter rem* en qualité seulement de tiers détenteur. Comment, du reste, accorder contre lui l'exercice d'une action personnelle ? C'est le propriétaire qui a traité avec les ouvriers, acheté les semences ; lui seul est débiteur et il faut une argumentation d'une étrange subtilité pour aboutir à une solution contraire (1). Lorsque l'usufruitier, par l'exercice du privilège de l'art. 2101, a été contraint de payer les tiers, il a évidemment le droit de réclamer au propriétaire le remboursement de la dette payée au nom de ce dernier.

505. Au contraire, lorsque l'usufruitier paie, en vertu de l'art. 548, les frais de culture et de récolte dus au tiers possesseur, il n'a plus le droit d'exercer un recours contre le nu propriétaire. Cette distinction n'est pas faite d'ordinaire et l'on affirme, en termes généraux, à peu près dans tous les ouvrages (2), que l'usufruitier, après avoir payé aux tiers les frais

(1) Laurent, VI, n. 384. — Cpr. Aubry et Rau, II, § 230, p. 480.
(2) Aubry et Rau, II, § 230, p. 480 ; Demolombe, X, n. 373.

qu'ils ont faits, a le droit de se les faire rembourser par le nu propriétaire, parce que dans ses rapports avec celui-ci, il est dispensé de les supporter. Nous croyons que c'est une erreur. Tout ce que dit l'art. 582, c'est que le propriétaire n'a pas droit à une récompense pour les frais qu'il a faits; mais il ne dit pas que le propriétaire doive nécessairement supporter les frais de culture et de semence. D'ailleurs, aux termes de l'art. 600, l'usufruitier prend les choses « dans l'état où elles sont ». S'il n'y avait pas de récolte, le propriétaire ne devrait de ce chef aucune indemnité à l'usufruitier; comment lui en devrait-il une quand il y a une récolte grevée de certaines charges?

506. La volonté des parties dans l'acte constitutif d'usufruit peut déroger à la règle de l'art. 585 et rendre nécessaire, soit à l'ouverture, soit à la cessation de l'usufruit, un règlement de compte pour les frais de labour et de semence, entre le nu propriétaire et l'usufruitier.

507. L'art. 585 se termine par ces mots : « *mais aussi sans » préjudice de la portion des fruits qui pourrait être acquise » au colon partiaire, s'il en existait un au commencement ou » à la cessation de l'usufruit* ». Ainsi, lors de l'ouverture de l'usufruit, le fonds était affermé à un colon partiaire, qui avait droit d'après son bail à la moitié des fruits; l'usufruitier ne pourra réclamer qu'une moitié de la récolte pendante, l'autre moitié revenant au colon partiaire. De même le nu propriétaire devrait respecter les droits qui appartiendraient à un colon partiaire en vertu d'un bail en cours d'exécution à la cessation de l'usufruit.

Tout cela n'est que la conséquence de ce double principe : que l'usufruitier doit respecter les baux consentis par le propriétaire, et celui-ci, dans une certaine mesure au moins, les baux consentis par l'usufruitier (1).

508. L'usufruitier a vendu une récolte sur pied quelque temps avant sa maturité; l'usufruit prend fin avant que l'acheteur ait fait la récolte. La vente est-elle valable, et par suite opposable au nu propriétaire? La question est contro-

(1) V. *infra*, n. 524-536.

versée. On peut dire, dans le sens de la négative, que, l'usufruit ayant pris fin avant que la récolte fût recueillie, cette récolte appartient au nu propriétaire (art. 585 al. 2); que par suite la vente consentie par l'usufruitier est nulle comme portant sur la chose d'autrui (arg. art. 1599). — La solution contraire est plus généralement acceptée par les auteurs, et c'est celle qui triomple en jurisprudence (1). La vente d'une récolte sur pied est un acte d'administration ; elle est donc opposable au nu propriétaire, comme le sont tous les actes d'administration valablement accomplis par l'usufruitier. Obligé de respecter les baux de neuf ans et au-dessous qui ont été consentis par l'usufruitier (art. 595), comment le nu propriétaire pourrait-il avoir le droit de critiquer une simple vente de récoltes ? D'ailleurs le préjudice ne sera pas grand pour le nu propriétaire : car c'est lui qui profitera du prix de la récolte, puisque ce prix est la représentation de fruits qui lui appartenaient. Il n'y aura préjudice qu'autant que la vente aura été consentie pour un prix inférieur à la valeur réelle de la récolte, mais alors il existera le plus souvent une fraude concertée entre l'usufruitier et l'acheteur, ce qui autorisera le propriétaire à demander la nullité de la vente, car la fraude fait cesser tous les principes (arg. art. 1167) (2).

509. Si la récolte vendue sur pied par l'usufruitier a été perçue en partie par l'acheteur au moment où l'usufruit prend fin, l'usufruitier ou ses ayant cause auront droit à une partie du prix de la vente, proportionnelle à la quantité des fruits perçus. Le surplus du prix appartiendrait au propriétaire, comme étant la représentation des fruits non perçus qui lui appartiennent. Ainsi jugé par la cour de cassation au sujet de la vente d'une coupe de bois, effectuée en partie seulement par l'acheteur, au moment de la mort de l'usufruitier (3).

(1) Cass., 21 juillet 1818, S. chr. ; 9 août 1881, S., 82. 1. 369, avec la note de M. Labbé, D., 82. 1. 365.

(2) V. en ce sens Aubry et Rau, II, § 230, p. 490; Demolombe, X, n. 359; Demante, II, n. 434 *bis*, IV; Duranton, IV, n. 554. — *Contra* Laurent, VI, n. 478; Proudhon, II, n. 991 et 995; Marcadé, sur l'art. 585, n. 6; Passez, *Rev. prat.*, 1881, p. 368.

(3) Cass., 9 août 1881, S., 82. 1. 369, D., 82. 1. 365.

510. La vente des fruits que le propriétaire aurait consentie serait opposable à l'usufruitier, à la condition d'avoir une date certaine, antérieure à la constitution de l'usufruit. L'acquéreur des fruits à récolter et l'usufruitier, ayant cause du même propriétaire, sont titulaires tous les deux de droits réels; mais comme l'un de ces droits, celui de l'usufruitier, est immobilier, tandis que l'autre est mobilier, le conflit doit se régler par l'antériorité des titres respectifs, sauf l'application de l'art. 2279 pour les fruits détachés ou perçus (1).

511. β. Deuxième règle : Fruits civils. *L'usufruitier acquiert les fruits civils jour par jour.* L'art. 586 dit à ce sujet : « *Les » fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour, et appar- » tiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son » usufruit. Cette règle s'applique aux prix des baux à ferme, » comme aux loyers des maisons et aux autres fruits civils* ». L'acquisition des fruits civils par l'usufruitier est donc exactement proportionnée à la durée de sa jouissance. Chaque jour qui s'écoule fait acquérir à l'usufruitier un trois cent soixante cinquième des fruits civils de l'année. Supposons que l'usufruit porte sur une maison louée 365 fr. par an, ce qui fait juste 1 franc par jour. Si l'usufruit a duré dix ans l'usufruitier aura droit à 3.650 fr.; s'il a duré dix ans et quinze jours, l'usufruitier pourra réclamer 3.665 fr. Rien n'est plus simple ni plus équitable. On peut regretter que la loi ait cru devoir adopter une règle différente en ce qui concerne les fruits naturels et les fruits industriels.

Lorsqu'on examine de près la théorie traditionnelle du code, on ne voit pas bien la raison capable de justifier la différence établie. On affirme que la jouissance des fruits civils est journalière et, pour ainsi dire, de tous les instants, tandis que la perception des fruits naturels n'a pas lieu tous les jours. La formule n'est pas exacte : en effet, le droit de l'usufruitier est le même dans les deux cas; sa réalisation utilitaire, son exercice effectif et matériel se traduisent par l'acquisition d'un droit de propriété mobilière, dont la naissance pour les fruits civils résulte de leur paiement à l'échéance

(1) V. *supra*, n. 53.

et, pour les fruits naturels, de leur perception, à l'époque de la maturité. Jusque là le droit de jouissance, le droit aux fruits, a pour objet soit l'argent à recevoir, soit les fruits à recueillir; c'est, en quelque sorte, un droit à terme dont la valeur augmente à mesure qu'on se rapproche de l'échéance ou de la maturité; si la jouissance des fruits civils a lieu chaque jour, en ce sens que l'époque du paiement est moins lointaine et que la somme due s'augmente avec le temps, la jouissance des fruits naturels suit la même progression, puisque les récoltes et les fruits croissent chaque jour et s'acheminent peu à peu vers leur maturité. L'époque du paiement et celle de la maturité marquent le dernier terme de ce développement continu, de cette jouissance successive et chaque jour accumulée. Si la perception des fruits civils comporte des degrés, des échelons, pourquoi ne trouverait-on pas les mêmes étapes dans la perception des fruits naturels? Pourquoi, dans ce dernier cas, le droit de l'usufruitier passerait-il, sans transition d'une valeur nulle, avant la récolte, à sa valeur intégrale, au moment de la perception? Qu'il s'agisse de fruits civils ou de fruits naturels, la jouissance suit la même marche ascendante: elle commence, pour les premiers, aussitôt que court le fermage; pour les seconds, dès que la semence est en terre; elle progresse pendant la durée du bail et le développement des récoltes, pour atteindre son maximum à l'échéance et à l'époque de la maturité. Dans tous les cas, l'usufruitier a d'avance escompté la réalisation effective de son droit et calculé ses dépenses à raison de la recette future; cette règle d'économie domestique vient encore fortifier l'équité du principe posé par l'art. 586 et accentuer l'erreur de la règle inverse inscrite dans l'art. 585.

512. Notre article ne dit pas que les fruits civils *s'acquièrent,* mais bien qu'ils sont RÉPUTÉS *s'acquérir* jour par jour. C'est là en effet une fiction : il est clair que l'usufruitier ne touchera pas chaque jour la fraction des fruits civils de l'année, correspondant à la journée qui vient de s'écouler : il touchera les fruits civils aux époques fixées par la convention, tous les trois mois, tous les six mois... ; puis, quand l'usufruit aura pris fin, on règlera définitivement son compte

dans ses rapports avec le nu propriétaire, de manière que l'usufruitier ou ses représentants obtiennent en définitive une portion des fruits civils également proportionnée à la durée de l'usufruit, et pour cela on leur allouera, si c'est nécessaire, une portion des fruits civils à échoir. En un mot, l'usufruitier n'*acquiert* les fruits civils que par leur échéance : c'est à cette époque seulement qu'il a le droit de les toucher ; mais il est *réputé* les acquérir jour par jour : ce qui lui donne le droit de réclamer, lors de la cessation de l'usufruit, une certaine portion des fruits civils à échoir. La loi, on le voit, établit une acquisition *fictive* pour les fruits civils qui sont des fruits *fictifs*.

513. L'art. 586 dit dans sa partie finale : « Cette règle » s'applique *aux prix des baux à ferme,* comme aux loyers » des maisons et aux autres fruits civils ». On ne voit pas bien au premier abord l'utilité de cette disposition, en présence de l'art. 584 qui dispose que les prix des baux à ferme sont des fruits civils. Quel besoin y avait-il de dire qu'une règle, établie pour tous les fruits civils en général, s'applique à une certaine catégorie de fruits civils? Il y en a une explication historique. Dans notre ancien droit, les prix des baux à ferme étaient considérés comme des fruits civils ; mais on ne leur appliquait pas, comme aux autres fruits civils, la règle de l'acquisition jour par jour ; l'usufruitier les acquérait seulement au fur et à mesure que le fermier percevait les fruits du fonds, probablement parce qu'on les considérait comme étant la représentation de ces fruits. Notre législateur, qui voulait faire disparaître cette particularité, a cru devoir s'en expliquer.

514. Le droit que l'art. 586 donne à l'usufruitier d'acquérir jour par jour les fermages des biens ruraux n'est subordonné ni aux échéances stipulées au profit du fermier (1), ni aux époques habituelles des récoltes (2) ; spécialement, il importe peu que les fermages n'aient été stipulés payables

(1) Paris, 22 juin 1865, S., 65. 2. 229, D., 65. 2. 141.

(2) Paris, 22 juin 1865, précité. — Locré, *Lég. civ.*, VIII, p. 237 et 288 ; Demolombe, X, n. 378 et 384 ; Laurent, VI, n. 396 s.

par le fermier qu'après la récolte de chaque année [1]. Ainsi, pour calculer la part due à l'usufruitier, on se préoccupe uniquement de la durée du bail concomitante à l'usufruit, en prenant pour point de départ l'entrée en jouissance du fermier [2].

En présence d'un bail de terres divisées par assolement, les juges peuvent consulter les usages pour interpréter l'intention des parties, et reculer le commencement du bail jusqu'au jour où le fermier a pris l'entière possession de la terre, quand bien même il aurait occupé les jachères à une époque antérieure indiquée au contrat comme entrée en jouissance [3].

515. Lorsque l'usufruitier recueille lui-même les fruits de certains biens, tandis qu'il en afferme d'autres, on applique distributivement à ces deux catégories de biens, sans distinguer s'ils donnent des produits semblables ou différents, l'art. 585 pour les premiers et l'art. 586 pour les seconds [4]. De même, si l'usufruitier a consenti plusieurs baux distincts, d'une durée inégale, le calcul se fait séparément pour chacun des baux [5].

516. Il y a des fruits civils qui se perçoivent irrégulièrement, comme les bénéfices d'une usine qui chôme pendant une partie de l'année, les droits de péage d'un pont très fréquenté pendant l'été et délaissé en hiver. En pareil cas, lors de l'extinction de l'usufruit, il doit être fait masse de tous les fruits civils perçus ou à percevoir pendant la dernière année, et on les partage entre le propriétaire et l'usufruitier, proportionnellement au temps qu'a duré l'usufruit pendant cette dernière année [6].

[1] Paris, 31 mai 1864, D., 64. 2. 221.

[2] Metz, 27 nov. 1856, D., 58. 2. 72. — Paris, 22 juin 1865, précité. — La règle s'applique même dans le cas où les loyers et fermages ont été stipulés payables d'avance. — Cass., 20 juillet 1897, D., 99. 1. 17.

[3] Metz, 27 nov. 1856, précité.

[4] Demolombe, X, n. 382; Proudhon, *De l'usufruit*, II, § 922; Duranton, IV, n. 542.

[5] Demolombe, X, n. 383.

[6] Laurent, VI, n. 400 et 401. — *Contra* Aubry et Rau, II, § 192, p. 187; Demolombe, X, n. 280.

517. D'une manière générale, on doit appliquer la règle de la perception jour par jour à tous les fruits demeurés en dehors des prévisions formelles du code, et n'appartenant ni à la catégorie des fruits naturels ni à celle des fruits civils proprement dits. Ainsi les bénéfices d'un établissement industriel exploité pendant toute l'année doivent être attribués à l'usufruitier en proportion de la durée de son usufruit. Toutefois la règle est ici d'une application plus délicate : les bénéfices de l'établissement industriel soumis à des fluctuations assez fortes varient d'un mois à l'autre avec l'intensité de la production, l'activité de la demande, l'élévation du prix de la main-d'œuvre et les frais généraux. Le résultat final se traduit dans l'inventaire annuel : le chiffre des bénéfices que cet inventaire accuse doit servir de base à la répartition. Un parti imposant de la doctrine [1] combat, non sans vivacité, la solution donnée pour cette catégorie de revenus, qu'on appelle parfois des fruits civils irréguliers ; on s'accorde à reconnaître que le loyer des bâtiments de l'usine est un fruit civil soumis à l'art. 586 ; mais on refuse d'assigner le même caractère aux bénéfices que l'usufruitier réalise en exploitant lui-même l'établissement industriel et l'on réserve à ce dernier les bénéfices dus à son travail et à l'emploi de ses capitaux au moment de la cessation de l'usufruit ; on justifie d'ordinaire cette opinion par un appel aux principes contenus dans les art. 582 s. et par une assimilation entre les bénéfices d'une industrie et les fruits naturels soumis à l'art. 585 ; on pourrait dire aussi, comme argument nouveau, que les bénéfices ne sont pas une conséquence du droit de jouissance accordé à l'usufruitier, mais le résultat de son travail et de son activité, l'usufruit ne portant, en réalité, que sur les bâtiments ; l'usufruitier a sur les bénéfices un droit propre, il en devient propriétaire de la même façon que l'ouvrier gagne le salaire de son travail. L'argument, toutefois, ne résiste pas à un examen sérieux ; l'usufruit, en effet, ne porte pas seulement sur un bâtiment inerte, mais sur une usine en activité ;

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Demolombe, *loc. cit.* ; Proudhon, *De l'usufruit*, II, n. 911.

l'usufruitier, tenu de jouir en bon père de famille, ne saurait laisser péricliter l'établissement industriel; il doit l'exploiter et rendre ce qu'il a reçu, c'est-à-dire une usine vivante, en bon état de fonctionnement. Certes, on pourrait être tenté de le comparer à celui qui cultive lui-même la terre au lieu de la donner à bail; mais les règles qui président à l'économie d'un établissement industriel se prêtent mal à cette assimilation; il n'y a de bénéfices réels, certains, que ceux nettement accusés dans l'inventaire, à la fin de la campagne annuelle; jusque là, en effet, le résultat de l'exploitation reste douteux; l'industriel se contente de prélever sur la caisse les sommes dont il a besoin; les bénéfices ne sont encore qu'en voie de formation et, si l'on voulait une comparaison, on pourrait dire que l'époque de leur maturité n'est pas encore arrivée; les bénéfices ne se détachent, ils ne sont recueillis qu'en fin d'année. L'application littérale de l'art. 585 conduirait donc à ne rien laisser à l'usufruitier, si son droit cessait avant la clôture de l'inventaire annuel. Mais il suffit d'énoncer une pareille solution pour en comprendre toute l'erreur; il vaut mieux par suite, à tous égards, appliquer la règle de l'art. 586 supérieure en logique et en équité à celle de l'art. 585 (1).

518. Lorsque l'usufruit porte sur des actions de sociétés industrielles ou commerciales, l'usufruitier a, sans aucun doute, droit aux intérêts et dividendes en proportion de la durée de sa jouissance, quelle que soit l'époque où s'effectuent les paiements; ces intérêts et dividendes sont des fruits civils ordinaires; ils représentent le loyer du capital-action. On examinera ultérieurement des questions plus délicates, relatives aux droits respectifs du nu propriétaire et de l'usufruitier sur le fonds de réserve et les primes de remboursement (2).

519. Il peut arriver que les fruits naturels soient transformés en fruits civils, ou réciproquement, pendant la durée de l'usufruit. Ainsi le propriétaire exploitait lui-même son fonds lors de l'ouverture de l'usufruit; après avoir perçu la récolte

(1) V. *supra*, n. 510.
(2) V. *infra*, n. 588 s.

pendante, l'usufruitier qui ne veut pas faire valoir le fonds l'afferme, ainsi qu'il en a le droit. Voilà les fruits naturels transformés en fruits civils et l'usufruitier les acquerra désormais jour par jour. Toutefois il ne commencera à les acquérir qu'à dater de l'entrée en jouissance du fermier, car les fermages ne sont que le prix de cette jouissance; jusqu'à ce qu'elle ait commencé, il n'y a pas encore de fruits civils et il ne peut par suite être question pour l'usufruitier de les acquérir; il n'y aura que des fruits naturels attribués à l'usufruitier après leur séparation; aussi convient-il de rectifier quelque peu la formule de l'art. 586; l'usufruitier n'a pas droit aux fruits civils en proportion de la durée de son usufruit, mais à raison du temps pendant lequel les fruits civils ont couru depuis l'ouverture de l'usufruit. En sens inverse, si le fonds était affermé lors de l'ouverture de l'usufruit, l'usufruitier pourrait, à l'expiration du bail, le cultiver lui-même. A dater de ce moment, le fonds produira des fruits naturels et des fruits industriels que l'usufruitier acquerra seulement par la perception.

La faculté pour l'usufruitier de transformer les fruits naturels en fruits civils et réciproquement augmente encore l'incertitude et les éventualités du droit d'usufruit. Ainsi l'usufruitier, après avoir perçu une récolte pendante lors de l'ouverture de l'usufruit, afferme le fonds, et le fermier entre immédiatement en jouissance. Si l'usufruit prend fin au bout de neuf mois, l'usufruitier se trouvera avoir acquis une récolte entière et les trois quarts des fermages d'une année, le tout pour une jouissance de moins d'une année.

3° Droit de l'usufruitier sur les accessoires du fonds grevé d'usufruit.

520. Aux termes de l'art. 596 : « *L'usufruitier jouit de « l'augmentation survenue par alluvion à l'objet dont il a » l'usufruit* ».

Il est difficile de voir dans cette disposition autre chose qu'une application de ce principe que l'usufruit d'une chose s'étend à ses accessoires. S'il en est ainsi, on doit décider que l'usufruit portant sur un fonds riverain d'un cours d'eau s'étend à l'île ou à la portion d'île que la loi attribue au

propriétaire du fonds (art. 561) et aussi à la portion de terrain que la force subite des eaux, *vis repentina fluminis,* est venue réunir au fonds. Telle était dans notre ancien droit la solution enseignée par Domat (1).

Et toutefois la question est vivement controversée. On invoque à l'appui de l'opinion adverse l'autorité du droit romain et le silence que garde à cet égard le code civil, qui, en ne parlant que du cas d'alluvion, celui de tous pour lequel il pouvait y avoir le moins de doute, semble bien exclure les autres accroissements que le fonds peut recevoir par suite d'accession (2).

521. Il y avait aussi, avant la loi de 1898, controverse sur le point de savoir si l'usufruitier d'un fonds aurait droit, au cas où le fonds serait envahi par un cours d'eau qui change de lit, à la jouissance de la portion du lit abandonné attribuée au propriétaire, à titre d'indemnité (art. 563). Le motif d'équité qui avait dicté la disposition de cet article permettait de résoudre la question dans le sens de l'affirmative. Rationnellement, l'indemnité allouée par la loi à raison d'un dommage doit profiter à tous ceux qui en souffrent (3). Depuis la loi de 1898, il n'est accordé d'indemnité que s'il s'agit du déplacement d'une rivière navigable ou flottable; d'autre part, l'indemnité consiste en une somme d'argent. Il convient, pour les mêmes motifs, d'accorder à l'usufruitier un droit sur cette indemnité; il exercera un droit de quasi-usufruit sur la somme allouée au nu propriétaire du fonds occupé par le nouveau lit.

522. « *Il* [l'usufruitier] *jouit des droits de servitude, de* » *passage, et généralement de tous les droits dont le pro-* » *priétaire peut jouir, et il en jouit comme le propriétaire* » *lui-même* » (art. 597). — Ce sont des accessoires du fonds.

(1) Domat, *Lois civiles,* liv. I, tit. 11, sect. 1, art. 8. — En ce sens, Laurent, VI, n. 373; Duranton, IV, n. 421 et 580; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, p. 311.

(2) Aubry et Rau, II, § 230, p. 488; Proudhon, *De l'usufruit,* II, n. 524; Marcadé, sur l'art. 596, n. 1. — En tout cas, il paraît difficile d'admettre la distinction proposée par Demolombe, X, n. 158 et 334, entre l'usufruit d'une universalité de biens et celui qui porterait sur des objets individuellement envisagés.

(3) En ce sens Aubry et Rau, II, § 230, p. 488; Demolombe, X, n. 168; Proudhon, *De l'usufruit,* II, n. 530; Marcadé, sur l'art. 596.

L'usufruitier jouirait ainsi non seulement des servitudes établies au jour de la constitution de l'usufruit, mais aussi de celles acquises depuis par le nu propriétaire.

= *De tous les droits.* Par exemple du droit de pêche et du droit de chasse. L'usufruitier en jouirait à l'exclusion du nu propriétaire.

Ce n'est pas seulement un droit pour l'usufruitier de jouir des servitudes qui appartiennent au fonds; c'est à certains égards une obligation, en ce sens qu'il serait responsable envers le nu propriétaire, si, faute de les exercer, il les laissait périr par la prescription. L'usufruitier doit en effet jouir en bon père de famille (art. 601).

B. *Mode de jouissance de l'usufruitier.*

523. Aux termes de l'art. 595 : « *L'usufruitier peut jouir* » *par lui-même, donner à ferme à un autre, ou même vendre* » *ou céder son droit à titre gratuit. S'il donne à ferme, il* » *doit se conformer, pour les époques où les baux doivent être* » *renouvelés, et pour leur durée, aux règles établies pour le* » *mari à l'égard des biens de la femme, au titre* du Contrat » de mariage et des droits respectifs des époux ».

L'usufruitier a donc l'administration du bien sur lequel porte son droit d'usufruit. D'un autre côté, la loi l'autorise à céder son droit à titre gratuit ou onéreux. Entrons dans quelques détails sur ces deux points.

1° *Droit d'administration.*

524. Le droit de jouir implique celui d'administrer; car les actes d'administration concourent tous plus ou moins à l'exercice du droit de jouissance. L'usufruitier a donc le droit d'administrer, par cela seul qu'il a le droit de jouir. La loi a pu se dispenser de formuler cette règle d'une manière générale, parce qu'elle allait de soi.

Le droit d'administration est bien le corollaire naturel du droit de jouissance, mais aucun principe ne s'oppose à leur séparation; ainsi, dans un contrat constitutif d'usufruit, le vendeur ou le donateur peuvent se réserver l'administration et le testateur lui-même pourrait désigner l'administrateur

des biens dont il lègue l'usufruit; on a dit, objection surprenante, que la loi ne permettait pas de conférer un mandat par testament; sans doute la formation du contrat de mandat suppose un accord de volontés et il ne suffit pas, pour cela, d'un acte unilatéral comme le testament, mais la clause qui désigne l'administrateur s'interprète comme une condition imposée au legs d'usufruit; ce legs, d'après l'intention du testateur, ne doit recevoir exécution que si l'administration des biens est confiée à la personne choisie ; pour respecter cette volonté, l'administrateur désigné sera le mandataire, suivant les cas, de l'héritier ou de l'usufruitier; le contrat de mandat prendra naissance après le décès par le consentement commun de l'administrateur d'une part, de l'héritier ou du légataire d'autre part. Dans le cas où la personne désignée refuserait d'accepter le mandat, on recherchera, d'après l'intention du testateur, si la condition imposée est suffisamment accomplie ou si, au contraire, on doit la considérer comme tout à fait rigoureuse, comme impérieusement exigée dans toutes les circonstances.

525. L'usufruitier pourra consentir tous les actes qui rentrent dans les droits ou dans les pouvoirs habituels d'un administrateur, sans manquer à son obligation de jouir en bon père de famille. Du reste, les deux idées s'enchaînent: exercer les pouvoirs habituels d'un administrateur, c'est, pour l'usufruitier, jouir en bon père de famille, et ce serait manquer à cette obligation que d'apporter quelque négligence dans l'exercice des actes d'administration.

Les ventes de récoltes sur pied appartiennent, on le sait, à la catégorie des actes d'administration et sont, par suite, opposables au nu propriétaire après la cessation de l'usufruit; dans certains cas, toutefois, on pourrait adopter une autre solution: faite longtemps avant la maturité, comme un marché aléatoire, la vente n'aurait plus le caractère d'un acte d'administration; consentie par un usufruitier, dont le droit viendrait à s'éteindre avant la perception effective des fruits, elle ne serait pas opposable au nu propriétaire.

Certaines aliénations mobilières sont encore rangées d'ordinaire parmi les actes d'administration; ainsi les adminis-

trateurs ont en principe les pouvoirs nécessaires pour aliéner les objets mobiliers destinés à être vendus (1), ceux qui dépérissent, comme les ustensiles et les animaux hors d'usage. L'usufruitier a-t-il le droit de consentir de semblables ventes, sans que le nu propriétaire puisse les faire annuler, et reprendre l'objet vendu entre les mains d'un acquéreur de mauvaise foi, c'est-à-dire prévenu de l'existence du droit d'usufruit?

La plupart des auteurs refusent ce droit à l'usufruitier, à cause de son obligation spéciale de conserver la substance de la chose; l'art. 589, par ailleurs, fournirait un argument de texte suffisant pour résoudre la difficulté (2). Tous les auteurs cependant s'accordent à dire que dans l'intérêt du nu propriétaire et de l'usufruitier, il vaudrait mieux permettre à celui-ci l'aliénation de certains objets mobiliers; mais comme les textes et les principes s'y opposent, on est bien forcé d'accepter une autre solution, malgré ses inconvenients pratiques, et d'exiger l'accord de l'usufruitier et du nu propriétaire pour la vente des meubles autres que les récoltes. Mais les textes et les principes sont-ils aussi rigides qu'on l'affirme, assez formels pour commander une dérogation nécessaire aux règles qui fixent les droits et les pouvoirs des administrateurs? L'usufruitier, libre de vendre des récoltes sur pied, ne pourrait aliéner d'autres objets mobiliers, parce qu'il est tenu de conserver la substance de la chose; mais cette obligation n'est pas de l'essence de l'usufruit; elle disparaît dans le quasi-usufruit; elle s'efface à l'égard des marchandises d'un fonds de commerce; elle s'abaisse encore un peu pour la vente des récoltes; pourquoi ne pas l'écarter, d'après une formule générale, toutes les fois qu'elle est en conflit avec le droit d'administration, ou, ce qui revient au même, avec une autre obligation, celle de jouir en bon père de famille, comme l'ancien propriétaire? L'usufruitier en effet a le droit d'administrer, dans la mesure où il a le droit de jouir, en bon père de famille; contraint de conserver la substance de la chose,

1. On donne d'ordinaire comme exemple les ventes de récoltes.
2. Laurent, VI, n. 480; Demolombe, X, n. 318.

il doit aussi modeler sa jouissance sur celle de l'ancien propriétaire; si donc il s'agit d'objets mobiliers destinés à être vendus, que l'ancien propriétaire aurait lui-même aliénés très certainement; si, par ailleurs, la vente de ces objets constitue sans contredit le mode de jouissance le plus utile pour tous, celui dont userait un bon père de famille, pourquoi refuser à l'usufruitier la faculté d'y recourir? Non seulement, pourrait-on dire, l'usufruitier aurait le droit de procéder à ces ventes, mai il en aurait pour ainsi dire le devoir si l'art. 589 ne l'en dispensait; ce texte, en effet, a seulement pour résultat d'éviter à l'usufruitier la nécessité de vendre. L'aliénation des objets mobiliers va, sans doute, transformer l'usufruit en un quasi-usufruit, mais sans aucun danger pour le nu propriétaire, puisque l'usufruitier doit fournir caution de jouir en bon père de famille; or la caution doit garantir la restitution en nature ou le remboursement de la valeur des objets mobiliers susceptibles de dépérir, c'est-à-dire de ceux dont la vente est permise d'ordinaire aux administrateurs: l'art. 603 fournit un argument implicite en faveur de notre solution (1). On déterminera plus loin les droits de l'usufruitier sur une créance (2).

526. Les baux sont aussi des actes d'administration; donc l'usufruitier a le droit de faire des baux. Sans cette faculté d'ailleurs, il serait souvent privé de l'exercice de son droit de jouissance; car il peut se faire qu'il soit dans l'impossibilité de jouir par lui-même.

D'après les principes généraux, les baux consentis par l'usufruitier devraient prendre fin avec sa jouissance. Le bail est une délégation de jouissance; or la règle *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* s'oppose à ce que l'usufruitier puisse déléguer sa jouissance pour le temps où elle n'existera plus.

Mais alors l'usufruitier ne trouvera pas de preneur! ou il n'en trouvera que dans de très mauvaises conditions, pour les immeubles surtout, le locataire ou le fermier exigeant ordi-

(1) En ce sens Proudhon, *De l'usufruit*, III, n. 1078 s.
(2) V. *infra*, n. 585 s.

nairement qu'on lui garantisse une jouissance d'une certaine durée. De sorte que l'usufruitier ne pouvant pas, on le suppose, jouir par lui-même, et ne trouvant pas de preneur, les biens resteront improductifs, au grand détriment de l'usufruitier d'une part, de la société d'autre part, qui est intéressée à ce que les biens produisent le plus possible, et du nu propriétaire lui-même, qui a plus à redouter les suites de l'abandon de son bien que celles d'une jouissance régulière.

Quand un principe produit de telles conséquences, le législateur doit les répudier; c'est ce qu'il a fait dans l'art. 595, qui déclare opposables au nu propriétaire *dans une certaine mesure* les baux consentis par l'usufruitier. *Dans une certaine mesure;* car, sous prétexte de favoriser le droit de jouissance de l'usufruitier, il ne fallait pas sacrifier le droit du propriétaire, en l'obligeant à respecter pendant toute leur durée des baux consentis par l'usufruitier pour une durée si longue qu'ils équivaudraient presque à une aliénation. Le législateur a cru concilier équitablement les deux droits rivaux qui se trouvent ici en conflit, en déclarant applicables les règles écrites dans les art. 1429 et 1430.

527. De là résultent plusieurs conséquences :

1° Les baux de neuf ans et au-dessous, faits par l'usufruitier, doivent dans tous les cas être respectés par le nu propriétaire (arg. art. 1429).

528. 2° Les baux d'une durée plus longue ne sont obligatoires pour le nu propriétaire que jusqu'à l'expiration de la période de neuf ans qui est en cours lors de la cessation de l'usufruit. En d'autres termes, on divise le bail en périodes de neuf années; le locataire ou le fermier n'a que le droit d'achever la période de neuf ans, qui est en cours d'exécution lors de la cessation de l'usufruit. Ainsi supposons un bail consenti par l'usufruitier pour vingt-cinq ans. Si l'usufruit prend fin la sixième année du bail, le nu propriétaire ne sera tenu de respecter le bail que pendant trois années, temps qui reste à courir jusqu'à l'expiration de la première période de neuf ans. Si l'usufruit prend fin la quatorzième année du bail, le nu propriétaire devra le respecter jusqu'à l'expiration de la deuxième période de neuf ans, qui est actuellement en cours

d'exécution, c'est-à-dire pendant quatre ans. Il devrait le subir jusqu'à son terme, si l'usufruit prenait fin après l'expiration de la deuxième période de neuf ans.

Toutefois le nu propriétaire ne serait pas tenu de respecter les baux consentis en fraude de ses droits, même dans la limite des art. 1429 et 1430, comme si, par exemple, la conclusion du bail avait eu pour but de déprécier la valeur des biens loués, d'en faciliter l'acquisition par le preneur (1), ou d'entraver la licitation de la nue propriété (2); le bail produirait cependant ses effets, dans les rapports de l'usufruitier et du preneur, jusqu'à la cessation de l'usufruit.

529. Observez que, pendant toute la durée de l'usufruit, nul ne peut critiquer le bail à long terme consenti par l'usufruitier : ni le propriétaire parce qu'il n'a pas encore d'intérêt (3), ni l'usufruitier (4), ni le preneur parce qu'ils sont liés par la convention dans laquelle ils se sont librement engagés, et qui ne peut être rompue que d'un commun accord. C'est donc seulement lors de la cessation de l'usufruit que le propriétaire peut critiquer le bail s'il y a lieu.

530. D'ailleurs la loi paraît accorder à cet égard une simple faculté au propriétaire. Il pourrait donc, s'il y trouvait son intérêt, exiger lors de la cessation de l'usufruit l'exécution complète du bail consenti par l'usufruitier. En d'autres termes, le locataire ou le fermier ne peut jamais demander, lorsque l'usufruit prend fin, que le bail en cours d'exécution soit réduit aux limites déterminées par l'art. 1429; le propriétaire seul a ce droit. A ce point de vue comme aux autres, les baux à long terme consentis par l'usufruitier seraient assi-

(1) Orléans, 31 déc. 1868, S., 69. 2. 51. — Douai, 6 juin 1854, S., 55. 2. 74, D., 55. 2. 253. — Aubry et Rau, II, § 230, p. 488. — Cpr. cependant Poitiers, 27 avril 1863, S., 63. 2. 169.

(2) Poitiers, 22 mars 1881, S., 82. 2. 105, D., 81. 2. 150.

(3) Cpr. Poitiers, 22 mars 1881, précité; comme conséquence de la même idée, le nu propriétaire, pendant la durée de l'usufruit, n'a pas qualité pour agir contre le preneur et le contraindre à l'exécution de certaines clauses de son bail. — Orléans, 14 déc. 1854, S., 55. 2. 254.

(4) Douai, 18 mars 1852, S., 52. 2. 337, D., 53. 2. 20. — Aubry et Rau, II, § 230, p. 489; Demolombe, X, n. 355 et 356; Laurent, VI, n. 461. — Les ayant cause de l'usufruitier, par exemple l'adjudicataire sur saisie des droits de l'usufruitier, ne pourraient non plus conclure à la nullité du bail.

milés à ceux consentis par le mari relativement aux biens de sa femme. Il est vrai que l'art. 595 ne renvoie aux art. 1429 et 1430 qu'en ce qui concerne le *renouvellement des baux et leur durée ;* mais la question de la nullité des baux est tellement liée à celle de leur durée qu'en déclarant applicables les règles relatives à la durée des baux, le législateur rend implicitement applicables les règles relatives à la nullité et aux personnes qui peuvent la proposer.

D'après Laurent (1), le preneur pourrait, à la cessation de l'usufruit, opposer au nu propriétaire l'inexistence d'un bail consenti pour plus de neuf années. L'étrangeté de cette affirmation surprend ; pourquoi le contrat régulièrement consenti serait-il inexistant? Le louage de la chose d'autrui est valable et doit recevoir exécution si le propriétaire le ratifie et s'abstient de troubler la jouissance du preneur ; et puis comment admettre pour partie l'inexistence d'un contrat, restreinte aux seules années qui excèdent les limites de l'art. 1429? Le preneur ne saurait donc, en aucun cas, se prévaloir de la nullité du bail, nullité toute relative, instituée dans l'intérêt exclusif du propriétaire. La jurisprudence est dans ce sens, ainsi que la majorité des auteurs (2).

531. Si le preneur ne peut demander la nullité du bail, a-t-il au moins un recours contre l'usufruitier? L'application des principes généraux en matière de garantie suffit à résoudre la difficulté : le plus souvent le preneur, lors de la formation du contrat, aura connu la qualité du bailleur et la menace d'annulation à la fin de l'usufruit ; il n'aura, par suite, l'exercice d'aucun recours ; au contraire, si le bailleur l'avait laissé dans l'ignorance, s'il s'était présenté à lui comme propriétaire, si, à plus forte raison, il avait usé de manœuvres dolosives pour colorer cette affirmation, le preneur aurait alors un recours en garantie (3) ; d'autre part, l'usufruitier pourrait, dans le contrat, prendre l'engagement formel d'indemniser le preneur en cas de trouble à la cessation de l'usu-

(1) Laurent, VI, n. 462. — Cpr. Duranton, IV, n. 587.

(2) Douai, 18 mars 1852, S., 52. 2. 337, D., 53. 2. 2 ; Aubry et Rau, II, § 230, p. 489 ; Demolombe, X, n. 356 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 180.

(3) Paris, 7 mars 1844, D. *Rép.*, v° *Louage*, n. 61.

fruit; la clause équivaudrait à une promesse de porte-fort, à l'obligation assumée par le bailleur d'obtenir en temps utile la ratification du propriétaire, ou de payer, à défaut, une indemnité (1).

Dans tous les cas où l'usufruitier se trouve ainsi tenu envers le preneur, son obligation passe à ses héritiers, même si ces derniers sont les nus propriétaires, ce résultat n'est que l'application normale des principes généraux. Sans doute les héritiers de l'usufruitier, qui seraient en même temps nus propriétaires, pourraient demander la nullité du bail dans l'hypothèse habituelle où aucun recours n'est ouvert au preneur; l'obligation du bailleur s'éteint, pour ainsi dire, avec l'usufruit lui-même (2); mais, dans le cas contraire, les héritiers devraient supporter, comme leur auteur, l'obligation de garantie ou les conséquences de la promesse de porte-fort (3).

532. Si l'usufruitier est en même temps propriétaire d'une partie des biens, le bail subsiste pour cette partie à la fin de l'usufruit, sans que le nu propriétaire puisse exiger la nullité du bail tout entier (4). Le preneur seul, dans le cas où un recours lui est ouvert, pourrait soutenir que, dans l'intention des parties, le bail devait s'exécuter intégralement, et demander, par suite, contre l'usufruitier ou ses ayant cause la résiliation du contrat relatif à leurs biens.

533. Le droit d'invoquer la nullité des baux consentis au mépris des art. 1429 et 1430 appartient au nu propriétaire qui a constitué l'usufruit, ou à ses ayant cause devenus ensuite titulaires de la nue propriété.

A l'inverse, le cessionnaire du droit d'usufruit est tenu de respecter les baux consentis par son auteur, sous la réserve de l'art. 1743 C. civ. Ce texte reçoit application dans les rapports entre le preneur et les titulaires successifs du droit de propriété (5).

(1) Rouen, 11 août 1825, S. chr., D., 26. 2. 159.
(2) Cass., 3 avril 1897, D., 98. 1. 74.
(3) Laurent, VI, n. 465.
(4) Metz, 29 juill. 1818, S. chr. — Laurent, IV, n. 466. — *Contra* Paris, 7 mars 1844, précité.
(5) Laurent, VI, n. 466. — Douai, 18 mars 1852, précité.

534. 3° L'usufruitier peut renouveler les baux en cours d'exécution trois ans ou deux ans avant leur expiration, suivant qu'il s'agit du bail d'un bien *rural,* c'est-à-dire d'un fonds de terre ou d'un bien *urbain,* autrement dit d'une maison. Les baux ainsi renouvelés sont obligatoires pour le propriétaire dans les limites qui viennent d'être déterminées, de sorte que le temps le plus long pendant lequel le propriétaire peut être obligé, en vertu d'un bail consenti par l'usufruitier, est de douze ans pour les biens ruraux et de onze ans pour les biens urbains; et encore faut-il supposer, pour que ces limites extrêmes soient atteintes, que l'usufruitier a renouvelé un bail juste trois ans ou deux ans avant son expiration, et que l'usufruit a pris fin immédiatement après.

Le renouvellement, fait par l'usufruitier plus de trois ans ou de deux ans avant l'expiration du bail courant serait sans effet à l'égard du propriétaire, à moins que l'exécution du nouveau bail ne fût commencée lors de la cessation de l'usufruit (arg. art. **1430**).

535. Les restrictions apportées au renouvellement des baux ne concernent pas le droit de résiliation. L'usufruitier, après avoir consenti le bail, peut en demander la résiliation en justice, provoquer une résiliation amiable et consentir au même locataire ou fermier un nouveau bail, obligatoire pour la période de neuf ans en cours au moment de l'extinction de l'usufruit (1). L'hypothèse en effet est bien différente, puisque le point de départ du nouveau bail n'est pas reculé à l'expiration de l'ancien contrat qui s'efface tout à fait pour faire place aussitôt à une autre convention. Du reste, si l'on avait, sous l'apparence d'une résiliation, violé la défense de l'art. **1430**, les tribunaux devraient déjouer la fraude et traiter la résiliation fictive comme un renouvellement prohibé.

Puisque le locataire conserve la faculté de résiliation, le bailleur ne peut exiger le maintien d'un bail résilié peu de temps avant la cessation de l'usufruit.

536. Dans les explications qui précèdent, nous avons supposé que le droit, accordé à l'usufruitier, de faire des baux

(1) Aix, 30 novembre 1863, S., 64. 2. 15, D., 64. 2. 47. — Laurent, VI, n. 469.

obligatoires dans une certaine mesure pour le propriétaire, s'applique aux maisons comme aux fonds de terre. L'art. 595, il est vrai, ne parle que des *baux à ferme,* expression qui, dans la rigueur du langage juridique, ne comprend que les baux de fonds de terre, les baux des maisons portant le nom de *baux à loyer,* dénomination qui désigne aussi les baux des biens meubles. Mais comme, d'une part, on ne verrait ni raison ni prétexte pour établir ici une distinction entre les baux des fonds de terre et ceux des maisons; comme, d'autre part, notre texte renvoie aux art. 1429 et 1430 qui s'appliquent aux uns et aux autres; et comme enfin il est arrivé ailleurs à la loi, notamment dans l'art. 450, d'employer *lato sensu* les expressions *donner à ferme, bail à ferme,* pour désigner d'une manière générale tous les baux d'immeubles, on doit en conclure sans difficulté que la disposition de la loi comprend tous les baux d'immeubles, soit ruraux, soit urbains.

537. Plus délicate est la question de savoir si l'usufruitier de meubles peut les louer [1]. L'usufruitier étant tenu de jouir en bon père de famille et de modeler sa jouissance sur celle du propriétaire, nous en concluons qu'il n'a le droit de louer les meubles que lorsque telle est leur destination, soit d'après leur nature, soit d'après les habitudes du propriétaire, question de fait soumise à l'appréciation des tribunaux. La location illicite des meubles pourrait être considérée comme un abus de jouissance de l'usufruitier et motiver contre lui l'application de l'art. 618 [2].

Mais les baux consentis par l'usufruitier relativement aux meubles ne seraient pas opposables au nu propriétaire lors de la cessation de l'usufruit. Par ses termes, comme par son esprit, la disposition de l'art. 595, relative au renouvellement

[1] Les auteurs sont très divisés sur la question : chacun apporte sa formule. D'après Aubry et Rau, II, § 230, p. 499, l'usufruitier est autorisé à louer les meubles, quand le fait même de leur location ne les expose pas à de plus grands dangers de détérioration; Laurent, VI, n. 470 s., accorde en principe à l'usufruitier le droit de louer les meubles, puisque c'est là un acte d'administration par excellence; toutefois, il ne pourrait louer ceux qui sont destinés à l'usage personnel de l'usufruitier, parce qu'il doit jouir en bon père de famille, suivant la destination des choses soumises à l'usufruit; c'est la formule inverse de celle adoptée au texte.

[2] Aubry et Rau, II, § 230, p. 490; Demolombe, X, n. 298 et 299.

et à la durée des baux consentis par l'usufruitier, est inapplicable aux baux de biens meubles. On rentrerait donc, en ce qui concerne ces derniers, dans le droit commun qui ne permet pas à celui qui a une jouissance temporaire d'en disposer pour l'époque où elle aura pris fin.

Les mêmes solutions s'appliquent au bail des animaux. Cependant si l'usufruitier avait loué un troupeau à un fermier, s'il avait consenti un cheptel de fer, le bail du troupeau suivrait le sort du bail rural, comme étant l'accessoire de ce contrat (1).

538. Les baux consentis par le nu propriétaire avant l'ouverture de l'usufruit sont obligatoires pour l'usufruitier, quelle que soit leur durée, mais sous la condition qu'ils aient date certaine, et en outre qu'ils aient été transcrits, s'il s'agit de baux de plus de dix-huit ans. Arg. de l'art. 1743 C. civ. et des art. 2 et 3 de la loi du 23 mars 1855.

2° *Faculté pour l'usufruitier de céder son droit à titre gratuit ou onéreux.*

539. On dit quelquefois que le droit d'usufruit est personnel à l'usufruitier. Cette proposition signifie, comme nous l'avons vu, que l'usufruit n'est pas héréditairement transmissible ; mais elle ne veut pas dire que l'usufruit soit incessible. Une semblable disposition n'aurait eu aucune raison d'être.

Ce que l'usufruitier peut céder, c'est *son droit,* c'est-à-dire l'usufruit tel qu'il lui appartient. Le droit cédé ne changera donc pas de nature entre les mains du cessionnaire ; il restera après la cession ce qu'il était auparavant, et notamment il s'éteindra par la mort du cédant. La mort du cessionnaire serait indifférente ; si elle survient avant l'extinction de l'usufruit, le droit passera aux héritiers du cessionnaire. Il en serait autrement si, au lieu de céder son droit d'usufruit, l'usufruitier l'avait seulement grevé d'usufruit, s'il avait établi au profit d'une personne un usufruit sur son usufruit. Il y aurait alors un usufruit grevé sur un autre ou, si l'on veut, deux usufruits superposés, et le second serait menacé dans son existence non seulement par toute cause qui mettrait fin

(1) Laurent, VI, n. 473; Proudhon, *De l'usufruit,* III, n. 1086.

au premier, mais aussi par les causes d'extinction qui lui sont propres : notamment il prendrait fin par la mort du deuxième usufruitier, auquel cas l'usufruit se trouvant affranchi de la charge dont il était grevé, le premier usufruitier reprendrait son droit de jouissance.

540. Ce n'est pas seulement l'*exercice de son droit,* comme on l'a prétendu (1), mais bien *son droit* lui-même, que l'usufruitier peut céder, son droit tel qu'il lui appartient, avec les diverses chances qui y sont attachées. L'art. 595 est formel; il dit que l'usufruitier peut céder son *droit*. Et ce n'est pas là simplement une affaire de mots. Le cessionnaire, acquérant le droit même d'usufruit, pourra l'hypothéquer quand il porte sur des immeubles (arg. art. 2118) ou le céder à une autre personne ; ses créanciers pourront le saisir : toutes conséquences qui ne se produiraient pas si le cessionnaire n'acquérait que l'exercice du droit (2).

541. En cédant son droit, l'usufruitier ne se libère pas de ses obligations à l'égard du nu propriétaire ; il continue à être tenu envers celui-ci, sauf son recours contre le cessionnaire. En effet, si on peut céder ses droits, on ne peut pas céder ses obligations. Ainsi l'usufruitier serait responsable envers le nu propriétaire des abus de jouissance que commettrait le cessionnaire ou des réparations que l'art. 655 met à sa charge (3). Les obligations de l'usufruitier ne peuvent prendre fin que par l'extinction de l'usufruit, et l'usufruit n'est pas éteint quand il est cédé. On objecte que le cédant n'est plus usufruitier; ce titre, dit-on, appartient désormais au cessionnaire ; c'est donc lui qui doit être tenu envers le propriétaire (4). — En fait, il est vrai que le cédant n'est plus

(1) Cpr. Proudhon, *De l'usufruit*, II, n. 894; Demante, *Programme*, I, n. 601 ; ces auteurs toutefois n'emploient cette formule impropre que pour expliquer les conséquences relatives à l'extinction de l'usufruit; ils acceptent au fond toutes les règles énoncées sur la cession de l'usufruit.

(2) Aubry et Rau, II, § 230, p. 491; Demolombe, X, n. 362; Laurent, VI, n. 474.

(3) Amiens, 27 déc. 1902, *Rec. Amiens*, 1903. 36.

(4) Cependant on a présenté une objection sérieuse contre cette solution; l'usufruitier n'est pas obligé en vertu d'un contrat; il n'est tenu que *propter rem* à raison de la relation commune qui unit à la même chose le propriétaire et l'usufruitier; lorsque ce dernier a cédé son droit, il n'est plus titulaire de l'usufruit, il n'y a plus de rapport entre lui et le nu propriétaire et il ne doit rester tenu que

usufruitier, mais il continue de l'être à certains égards. La preuve en est que l'usufruit cédé s'éteindra par sa mort. En un mot, l'usufruitier qui cède son usufruit transmet son droit au cessionnaire, mais il ne lui transmet pas son titre et il ne se décharge pas des obligations qui y sont attachées.

542. Si le cédant reste tenu de ses obligations, la caution par lui fournie est-elle, pour l'avenir, libérée de plein droit, grâce à la cession consentie? D'après certains auteurs (1), l'engagement de la caution subsiste et garantit toutes les obligations de l'usufruitier, sans en excepter celles qui naîtraient de faits postérieurs à une cession, que la caution a dû prévoir; mais ce qui semble un peu contradictoire, les mêmes auteurs accordent à la caution le droit d'exiger sa décharge et d'obliger l'usufruitier à fournir une nouvelle caution au nu propriétaire. Il nous semble préférable d'admettre la libération de la caution; elle a garanti seulement la jouissance personnelle de l'usufruitier et non celle d'un cessionnaire inconnu, et son engagement ne saurait dépasser les limites dans lesquelles il a été consenti (art. 2015) (2). La caution ainsi déchargée, le nu propriétaire pourra en exiger une autre soit de l'ancien usufruitier, soit du cessionnaire.

On le voit, dans l'opinion généralement admise, la cession de l'usufruit conduit, pour trancher les difficultés soulevées, à des résultats quelque peu complexes. Beaucoup plus simples apparaissent les solutions, quand on refuse au nu propriétaire toute action contre le cédant pour les faits postérieurs à la cession; la caution et le cédant sont dégagés en même temps, dans la même mesure, tandis que le cessionnaire, le nouvel usufruitier, seul tenu désormais des obligations futures, est contraint de fournir une autre caution. Ce système, il est vrai, semble présenter un inconvénient pratique : le nu propriétaire, dans son ignorance de la cession, ne songera pas à exiger de nouvelle caution, et se trouvera dès lors, sans

des obligations nées de sa jouissance antérieure à la cession. Laurent, VI, n. 476. L'objection est douée d'une force plus grande encore lorsque l'usufruit n'a pas été constitué par un acte entre vifs, par un contrat à titre gratuit ou onéreux.

(1) Aubry et Rau, II, § 230, p. 492, note 6.

(2) Demolombe, X, n. 363 *bis*; Proudhon, II, n. 851 s.; Troplong, *Du cautionnement*, n. 153 et 154.

sa faute, exposé à subir un préjudice, si le cessionnaire ne peut remplir ensuite ses obligations ; la réponse à l'objection serait facile : il appartient au cédant de prévenir le nu propriétaire, sinon il commettrait une imprudence grave et engagerait sa responsabilité ; même on doit considérer qu'il y a là une obligation véritable incombant à l'usufruitier ; il est libre de céder son droit, mais sans abus, sans affaiblir la sécurité du nu propriétaire, à charge d'avertir ce dernier, de le mettre à même d'exercer un droit de contrôle, de surveillance, pour la mise en œuvre de ses garanties (arg. art. 614). L'usufruitier qui aurait manqué à cette obligation resterait tenu envers le nu propriétaire de toutes les conséquences de sa faute et la caution fournie répondrait aussi de l'inexécution de cette obligation inhérente à l'exercice du droit d'usufruit.

543. Si la cession de l'usufruit est permise, il en doit être de même de la constitution d'hypothèque, quand l'usufruit porte sur un immeuble ; l'hypothèque disparaîtra en même temps que l'usufruit.

544. Les créanciers de l'usufruitier ont aussi le droit de saisir et de faire vendre l'usufruit, immobilier ou mobilier. On met, d'ordinaire, une restriction à la saisie d'un usufruit mobilier ; si elle porte sur des meubles que l'usufruitier n'a pas le droit de louer, le nu propriétaire peut s'y opposer [1]. On devrait alors, en bonne logique, refuser à l'usufruitier la faculté de céder la même partie mobilière de son usufruit ; si, en effet, l'usufruitier peut céder *in globo* l'usufruit, sans restriction à l'égard de la jouissance de certains meubles, pourquoi la saisie ne serait-elle pas générale ? La cession forcée du droit d'usufruit produira les mêmes effets, entraînera les mêmes conséquences que la cession volontaire [2]. Faut-il donc soumettre à des règles identiques la location des meubles, la cession et la saisie de l'usufruit mobilier ? Lorsque la location d'une chose est interdite à l'usufruitier, faut-il aussi prohiber la cession ou la saisie de l'usufruit portant sur cette chose ? L'analogie entre la location d'une chose grevée

[1] Aubry et Rau, II, § 230, p. 492 ; Demolombe, X, n. 298. — Paris, 3 août 1857, S., 57. 2. 561. — Rennes, 31 mai 1835, S., 36. 2. 157.

[2] Laurent, VI, n. 475.

d'usufruit et la cession du droit portant sur cette chose n'est pas complète : le locataire, en effet, en vertu du contrat de bail, aura sur la chose un droit d'usage, étendu, moins limité que celui du cessionnaire qui reste soumis comme le cédant à l'obligation de modeler sa jouissance sur celle du propriétaire. Ce dernier ne saurait se plaindre de la cession qui n'aggrave en rien l'usage, ou, si l'on veut, l'usure des meubles ; la location, au contraire, risque de les détériorer beaucoup plus vite. Ainsi, bien que la location soit interdite, on doit permettre la cession volontaire de l'usufruit mobilier et par suite la saisie et la cession forcée de cette même partie de l'usufruit.

C. *Des actions qui appartiennent à l'usufruitier.*

545. *a.* L'usufruitier a une action *personnelle*, dite *en délivrance*, contre le nu propriétaire, pour se faire mettre en possession de la chose sur laquelle porte son droit d'usufruit.

La même action appartient à l'acquéreur de la propriété contre son vendeur ; cependant l'action en délivrance de l'usufruitier présente cette différence d'être subordonnée à l'accomplissement des obligations imposées lors de l'entrée en jouissance : confection de l'inventaire, caution à fournir.

546. *b.* En outre, l'usufruit constituant un droit réel, un droit par conséquent qui est opposable à tous, l'usufruitier a, contre tout possesseur de la chose sur laquelle porte son droit, une action réelle, dite *confessoire*, par laquelle il peut exiger que le possesseur lui remette la chose afin qu'il puisse exercer sur elle son droit de jouissance. Toutefois, si l'usufruit porte sur une chose mobilière corporelle, le possesseur pourra paralyser l'action confessoire en invoquant la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279).

547. Au fond, l'action confessoire d'usufruit est identique à l'action en revendication quant à son objet, qui est la possession de la chose. Seulement, dans l'action en revendication, le demandeur réclame cette possession en qualité de *propriétaire*, tandis que, dans l'action *confessoire* d'usufruit, il la réclame en qualité d'*usufruitier*. C'est donc quant à leur cause seulement que les deux actions diffèrent.

Les effets de l'action confessoire sont identiques à ceux de l'action en revendication ; le défendeur condamné devra délaisser la chose même soumise à l'usufruit et la remettre à l'usufruitier ; celui-ci pourrait exiger la restitution en nature d'un terrain usurpé par un propriétaire voisin et les tribunaux ne seraient pas autorisés à lui attribuer seulement des dommages-intérêts pour la privation de jouissance ; titulaire d'un droit réel, l'usufruitier n'en saurait être dépouillé, « exproprié » par l'effet d'une sentence judiciaire, substituant une indemnité pécuniaire, un droit personnel, à la jouissance réelle d'une chose (1).

Les règles qui régissent la restitution des fruits dans l'action en revendication s'appliquent aussi à l'action confessoire ; en un mot la restitution de la chose soumise à l'usufruit a lieu *cum omni causa*.

548. La question de preuve, au contraire, se présente sous un aspect différent dans l'action confessoire, et dans l'action en revendication. Conformément aux principes généraux, le demandeur dans l'action confessoire reste évidemment tenu de faire la preuve de son droit, d'établir l'existence de l'usufruit. La prescription, ici encore, fournira bien une preuve absolue, irréfragable, opposable à tout adversaire, mais, en matière d'usufruit, ce mode de preuve n'est pas invoqué bien souvent en pratique ; on l'utilise parfois lorsqu'un tiers conteste le droit de propriété du constituant et soutient que le titre constitutif de l'usufruit a été consenti *a non domino ;* on a recours alors, assez souvent, à l'usucapion de 10 à 20 ans avec juste titre et bonne foi ; si le demandeur était réduit à la prescription de 30 ans, il pourrait, le plus souvent, prétendre à la propriété aussi bien qu'à l'usufruit ; les actes de possession d'un usufruitier ne diffèrent pas de ceux exercés par un propriétaire. Ainsi, en fait, dans l'action confessoire on aura, de préférence, recours à d'autres modes de preuves ; mais, ce qui accentue la séparation entre les deux actions, les preuves laissées à la disposition de l'usufruitier n'ont plus la même élasticité que dans l'action en revendication.

(1) Cass., 5 mars 1850, S., 50. 1. 377, D., 50. 1. 78.

549. Supposons d'abord une action confessoire dirigée contre le nu propriétaire, sur son refus de reconnaître l'existence du droit d'usufruit. Le demandeur, lui, ne conteste pas au défendeur la nue propriété ; il doit donc établir le démembrement à son profit de la propriété, la constitution de l'usufruit, à l'aide de l'un des modes limitativement prévus : la prescription mise à part, l'usufruit légal ne pouvant soulever qu'une question de droit sur l'application des textes invoqués, la difficulté se concentre autour des modes dérivant de la volonté de l'homme, d'un titre ; l'usufruitier devra démontrer l'existence et la validité du titre allégué, suivant les règles de preuve spéciales à l'acte dont il se prévaut ; le testament ou la donation devront être revêtus de toutes les formalités légales, sans recours possible à la preuve testimoniale ; pour le contrat à titre onéreux, la preuve par témoins ou par présomptions reste enfermée dans la limite des art. 1341 s. Dans l'action en revendication, la preuve du droit de propriété pouvait résulter de simples présomptions, même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit. N'est-il pas contradictoire d'adopter une autre solution pour l'usufruit ? La différence se justifie sans peine : pour avoir une preuve complète, absolue, certaine du droit de propriété, il ne suffit pas de recourir à un mode dérivé d'acquisition, il faut remonter jusqu'à un mode originaire, prescription ou occupation, c'est-à-dire jusqu'à des faits dont la preuve par témoins est légalement possible ; le droit d'usufruit, au contraire, qui se détache, comme un démembrement de la propriété, ne comporte, en dehors de la prescription, que des modes dérivés d'acquisition ; mais si l'on parvient à démontrer l'existence d'un de ces modes et si la qualité du constituant n'est pas contestée, la preuve imposée au demandeur est complète, irrécusable. L'usufruitier, quand il invoque un titre émanant du propriétaire, n'a plus qu'à établir la réalité de ce titre et sa validité, suivant les règles applicables à la preuve de cet acte juridique (1).

(1) Du reste, lorsque dans l'action en revendication on invoque un titre, celui-ci n'a toute sa valeur, comme tel, qu'à la condition de prouver, suivant les règles habituelles, la réalité de l'acte juridique.

550. Supposons maintenant que le défendeur à l'action confessoire soit un tiers possesseur qui, lui-même, se prétend usufruitier. Le demandeur cherchera toujours à triompher en invoquant à son profit un mode constitutif d'usufruit; le défendeur, de son côté, opposera aussi, comme exception, un mode constitutif, et alors, de deux choses l'une, ou bien les deux adversaires affirment tenir leur droit du même auteur et la question sera tranchée par la priorité des transcriptions ou par l'examen des testaments produits; ou bien les deux adversaires tiennent leur droit de deux auteurs différents et il faudra rechercher quel était des deux constituants le véritable propriétaire; ainsi, derrière l'action confessoire, la constitution de l'usufruit une fois établie, apparaît la preuve du droit de propriété, comme dans l'hypothèse suivante.

551. On peut, en effet, supposer en dernier lieu une action confessoire dirigée contre un tiers possesseur auquel on conteste la qualité de nu propriétaire, alors qu'il prétend avoir la pleine propriété. Le demandeur est bien tenu d'abord d'établir à son profit l'existence d'un mode constitutif d'usufruit; mais ce point, d'ordinaire, ne fera pas difficulté: l'adversaire, en effet, soutiendra que le titre ne lui est pas opposable, qu'il émane *a non domino,* d'un constituant non propriétaire; en effet, l'acquisition du droit d'usufruit exige: 1° l'existence d'un mode convenable de constitution; 2° l'existence du droit de propriété, ou, d'une façon générale, d'un droit susceptible d'usufruit, dans le patrimoine du constituant. Le premier point faisait l'objet unique du débat, dans la première de nos hypothèses, tandis que dans l'hypothèse actuelle le procès existe surtout sur le second point.

La preuve du droit de propriété, quand elle devient nécessaire dans l'action confessoire, se fait d'après les règles indiquées à propos de l'action en revendication, peu importe qu'elle soit fournie par l'usufruitier ou par le nu propriétaire mis en cause.

552. *c.* L'usufruitier peut exercer pendant la durée de sa jouissance les actions *possessoires* contre les troubles apportés à sa jouissance, quel qu'en soit l'auteur, un tiers ou le nu

propriétaire lui-même (1). On a objecté que l'une des conditions requises pour l'exercice des actions possessoires est la possession à titre non précaire (C. pr., art. 23). et qu'aux termes de l'art. 2236 l'usufruitier possède à titre précaire. Mais nous avons déjà dit (2) que si l'usufruitier est possesseur à titre précaire quant à la nue propriété, il possède à titre de propriétaire quant à son droit d'usufruit. Il peut donc exercer les actions possessoires en ce qui concerne son droit d'usufruit, comme le nu propriétaire peut les exercer en ce qui concerne son droit de nue propriété. C'est pourquoi l'art. 614 prescrit à l'usufruitier de dénoncer au nu propriétaire les usurpations commises; dès lors, l'art. 2236 ne fournit pas d'objection sérieuse contre l'exercice des actions possessoires par l'usufruitier; il s'explique par la possibilité d'une double action accordée à l'usufruitier et au nu propriétaire.

553. *d.* D'une manière générale l'usufruitier, dans l'intérêt de son droit de jouissance, a l'exercice de toutes les actions appartenant au propriétaire (3); autorisé à se prévaloir de toutes les servitudes légales ou autres, il peut intenter les actions relatives (4) à ces droits et y répondre (5), introduire notamment une action en bornage, conformément à l'art. 646 C. civ. pour déterminer l'étendue des fonds grevés d'usufruit et prévenir les empiétements des voisins; il sera préférable, en pratique, de mettre en cause le nu propriétaire, si l'on veut que le bornage lui soit opposable (6). L'usufruitier peut aussi provoquer le partage, lorsque la jouissance même des fonds est indivise (7): le partage de la jouissance n'a évidemment qu'un caractère provisionnel et ne produit aucun effet à l'égard du nu propriétaire.

554. *e.* Lorsque l'usufruit porte sur une créance, l'usufruitier a le droit de poursuivre le débiteur pour le paiement des intérêts et aussi pour le remboursement du capital à l'échéan-

1. Aix, 29 janv. 1841, D. *Rép.*, v° *Intervention*, n. 99.
2. V. *supra*, n. 458.
3. Laurent, VI, n. 365. — Limoges, 9 avril 1862, D., 62. 2. 95.
4. L'usufruitier exerce ainsi comme une action *négatoire* de servitude.
5. Laurent, VI, n. 366. — Cass., 25 mars 1850, S., 50. 1. 377, D., 50. 1. 78.
6. Bordeaux, 23 juin 1836, S., 37. 2. 37, D., 37. 2. 108.
7. V. *supra*, n. 449.

ce (1); il peut, à l'occasion de cette créance, exercer toutes les sûretés et toutes les garanties qui s'y trouvent attachéees par la loi ou la convention des parties, les privilèges, les hypothèques (2), les cautionnements. L'usufruitier pourrait même intenter l'action paulienne contre les actes frauduleux du débiteur.

Plus délicate est la question de savoir si l'usufruitier d'un prix de vente a le droit de provoquer, à défaut de paiement du prix, la résolution du contrat : l'action résolutoire est la garantie du paiement, l'accessoire de la créance, comme le privilège auquel elle est, du reste, soudée par l'art. 7 de la loi de 1855 ; l'usufruitier pourrait donc exercer seul cette action, au moins en ce qui concerne la possession et la jouissance (3).

555. Mais on doit refuser à l'usufruitier l'exercice des actions qui tendraient à faire entrer dans le patrimoine du nu propriétaire des biens qui ne s'y trouvaient plus au moment de l'ouverture de l'usufruit, comme une action en réméré, en nullité, en rescision pour lésion, quand bien même l'usufruit porterait sur la totalité ou sur une quote-part du patrimoine (4) ; l'usufruitier, en effet, doit respecter les éléments constitutifs du patrimoine du nu propriétaire et, comme il n'a pas été partie au contrat, rien ne l'autorise à en provoquer l'annulation ; ce n'est plus ici l'accessoire

(1) V. *infra*, n. 585; l'art. 1690 n'est pas applicable dans les rapports des tiers et de l'usufruitier, Laurent, VI, n. 415. — *Contra* Proudhon, *De l'usufruit*, III, n. 1035 et 1036.

(2) L'inscription, acte conservatoire, peut être prise et renouvelée soit par le nu propriétaire, soit par l'usufruitier. — V. *infra*, n. 719.

(3) Limoges, 9 avril 1862, précité. — Aubry et Rau, II, § 530, p. 493; Proudhon, *De l'usufruit*, n. 1415 s. — Une objection pourtant subsiste : l'exercice de l'action aura pour résultat de substituer à l'usufruit d'une créance l'usufruit d'un fonds et, en principe, l'usufruitier ne peut modifier la substance, la nature de la chose soumise à son droit; il faut répondre qu'en raison de la nature spéciale de son objet, la jouissance de l'usufruitier peut porter soit sur la créance, soit sur le bien vendu; si, par exemple, les intérêts demeuraient impayés, la négligence toute désintéressée du nu propriétaire dans l'exercice de l'action résolutoire priverait l'usufruitier d'une partie de sa jouissance.

(4) Aubry et Rau, II, § 230, p. 493; Laurent, VI, n. 370; Proudhon, *De l'usufruit*, III, n. 1397, 1414. — Nancy, 22 mars 1887, D., 87. 2. 177. — *Contra* Genty, *De l'usufruit*, n. 158. — Cpr. Limoges, 9 avril 1862, précité.

d'une créance comprise dans la jouissance de l'usufruitier. Si les actions avaient été exercées par le nu propriétaire, le droit de l'usufruitier universel ou à titre universel porterait sur les biens rentrés dans le patrimoine du constituant ou de ses ayant cause, à charge de contribuer aux remboursements effectués après le succès des actions intentées conformément aux prescriptions de l'art. 612. A l'inverse, si un tiers exerçait le réméré sur un immeuble soumis à l'usufruit ou provoquait la rescision pour cause de lésion de la vente de cet immeuble, la jouissance de l'usufruitier porterait sur le prix remboursé par le vendeur (1).

556. L'usufruitier est le représentant du nu propriétaire pour la conservation des droits de ce dernier; par suite, tous les jugements favorables à l'usufruitier profitent au nu-propriétaire, sans qu'on puisse opposer à celui-ci les décisions rendues contre l'usufruitier seul. A l'inverse, le nu-propriétaire ne représente pas l'usufruitier; il est, par suite, sans qualité pour exiger d'un tiers actionné en revendication le délaissement de la jouissance à la restitution des fruits, lorsqu'il agit sur le seul fondement de la nue propriété (2); d'autre part les jugements rendus contre le nu propriétaire seul ne sont pas opposables à l'usufruitier, autorisé à former tierce opposition, sans avoir besoin de prouver une collusion frauduleuse entre le nu propriétaire et les tiers, parties au procès (3). Les principes posés permettent aux tiers d'exiger la mise en cause du nu propriétaire et de l'usufruitier afin de rendre commune entre eux la décision à intervenir.

D. *Droits et obligations du nu propriétaire envers l'usufruitier.*

557. Aux termes de l'art. 599 : « *Le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier. — De son côté, l'usufruitier ne peut,*

(1) Nous verrons plus tard si, en pareille hypothèse, l'usufruitier pourrait être contraint de fournir caution, après en avoir été dispensé par le titre constitutif.

(2) Cass., 20 janv. 1841, S., 41. 1. 577, D., 41. 2. 211; Aubry et Rau, II, § 230, p. 493; Laurent, VII, n. 47.

(3) Cons. d'Etat, 24 mars 1853, S., 54. 2. 75, D., 54. 3. 25; Aubry et Rau, II, § 230, p. 494; Laurent, VII, n. 48.

» *à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité* » *pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore* » *que la valeur de la chose en fût augmentée. — Il peut cepen-* » *dant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et orne-* » *ments qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir* » *les lieux dans leur premier état* ».

Nous connaissons déjà le principe formulé par l'alinéa 1 de ce texte. Le nu propriétaire n'est pas tenu de faire jouir l'usufruitier, mais seulement de le laisser jouir, c'est-à-dire de ne pas mettre obstacle à l'exercice de son droit de jouissance. *Tenetur in non faciendo, non in faciendo.*

Toutefois lorsque l'usufruit a été constitué à titre onéreux ou à titre de dot, le nu propriétaire est tenu de garantir à l'usufruitier la paisible jouissance du droit concédé; mais l'obligation dérive ici du contrat qui crée un rapport de créancier à débiteur, dictinct des relations entre nu propriétaire et usufruitier. Comme l'usufruit comprend tous les accessoires indispensables à son exercice (1), le constituant ou ses ayant cause sont tenus de délivrer la chose avec ses accessoires, par exemple, de laisser passer sur leurs héritages l'usufruitier d'un fonds enclavé (2).

558. Le nu propriétaire, comme tel, après la délivrance de la chose soumise à l'usufruit n'a qu'une seule obligation négative qui consiste à ne pas empêcher l'usufruitier de jouir de son droit (3). Bien que négative, cette obligation comporte d'importantes conséquences; elle a pour résultat d'enlever au nu propriétaire l'exercice de certaines facultés inhérentes au droit de propriété. Elle a pour objet et pour limite le respect du droit de l'usufruitier, elle s'arrête au point où ce droit n'est plus menacé. Le nu propriétaire conserve donc tous les attributs du droit de propriété compatibles avec l'usufruit; ainsi, en général, il pourra consentir les actes juri-

(1) V. l. 1, § 1 et 2, Dig., *Si usuf. pet.*, VII, 6; ces textes désignent les accessoires dont il s'agit sous le nom d'*adminicula ususfructus.*

(2) Le passage toutefois n'est fourni que par les fonds compris dans le patrimoine du constituant, au moment où il a créé l'usufruit; Aubry et Rau, II, § 233, p. 508; Laurent, VI, n. 374; Domat, *Lois civiles*, L. 1, tit. 11, sect. I, art. 14.

(3) C'est pourquoi l'usufruitier ne peut contraindre le nu propriétaire à effectuer les grosses réparations. — V. *infra*, n. 681.

diques de disposition, aliéner, hypothéquer la chose soumise à l'usufruit, la grever de servitudes passives, sans toutefois que ces actes puissent apporter aucun changement au droit de l'usufruitier : ainsi les servitudes passives de nature à entraver la jouissance de l'usufruitier ne pourraient être exercées qu'à la fin de l'usufruit; de même le propriétaire pourrait renoncer à des servitudes actives, mais sous la réserve du droit de l'usufruitier qui continuerait d'en jouir jusqu'à l'extinction de l'usufruit. Quant aux actes juridiques qui intéressent l'administration et la jouissance, ils sont complètement interdits au nu propriétaire ; celui-ci, par exemple, ne pourrait consentir un bail pendant le cours de l'usufruit. Les actes matériels de jouissance ou de disposition portent atteinte presque toujours au droit de l'usufruitier et sont, par suite, défendus au nu propriétaire. Ainsi ce dernier ne pourrait modifier la forme de la chose grevée d'usufruit, y entreprendre quelque innovation, élever par exemple des constructions nouvelles, en exhausser d'anciennes sans le consentement de l'usufruitier (1). Si le nu propriétaire avait élevé des constructions nouvelles et réalisé des améliorations avec l'assentiment de l'usufruitier, ces innovations seraient soumises au droit d'usufruit, lequel, d'une manière générale, englobe toutes les choses que le nu propriétaire incorpore à l'immeuble grevé, de façon à ne pouvoir les en séparer sans préjudice pour l'usufruitier (2). En aucun cas le nu propriétaire ne pourrait, quel que fût son intérêt, entraver, même sous l'offre d'une indemnité, la jouissance de l'usufruitier, par la mise en exploitation d'une futaie non aménagée ou l'ouverture d'une carrière, avec l'intention de vendre les produits ou de les utiliser dans des constructions autres que celles soumises à l'usufruit.

559. Le nu propriétaire, cependant, est autorisé à faire tous les actes matériels nécessaires à la conservation de la chose, sans s'arrêter devant la gêne ou l'incommodité causée à l'usufruitier : ces actes, en effet, loin de porter une entrave

(1) Lyon, 15 déc. 1832, D. *Rép.*, v° *Usufruit*, n. 590.
(2) Paris, 9 mai 1841, D. *Rép.*, v° *Usufruit*, n. 352.

au droit de l'usufruitier, sont plutôt favorables à son exercice, à son maintien, puisque la perte de la chose entraînerait celle de l'usufruit; ainsi le nu propriétaire pourrait faire procéder aux grosses réparations, sans devoir aucune indemnité pour privation de jouissance, quelle que fût la durée des travaux (1); il pourrait aussi faire reconstruire un bâtiment détruit par un incendie ou tout autre accident, même dans le cas où cet événement n'aurait pas entraîné l'extinction de l'usufruit; il est encore autorisé à prendre dans une futaie non aménagée des arbres, à extraire des pierres, de la chaux et du sable pour les réparations ou reconstructions; la nécessité justifie tous les actes qui intéressent la conservation de l'usufruit non moins que celle du droit de propriété.

Le nu propriétaire qui a le droit de veiller à la conservation de la chose, peut également intervenir pour arrêter un inutile dépérissement; laisser dépérir serait sans profit pour personne: et prévenir ce résultat ne formerait pas obstacle à l'exercice de l'usufruit; ainsi le nu propriétaire peut, dans une futaie non aménagée, abattre les arbres qui se découronnent et dépérissent (2).

560. L'obligation du nu propriétaire, limitée au respect de l'usufruit, ne concerne pas les choses affranchies de ce droit. Souvent le nu propriétaire, à côté des biens grevés d'usufruit, possèdera d'autres biens non grevés d'usufruit; à l'égard de ces derniers, il conservera tous les attributs de la propriété, sans avoir, envers l'usufruitier, d'autres obligations que celles du voisinage, comme s'il s'agissait de deux propriétaires sans autres relations entre eux (3). Cependant, d'après une décision judiciaire, l'usufruitier serait en droit d'empêcher le nu propriétaire d'installer des établissements industriels rivaux de ceux existants sur les biens grevés d'usufruit (4); cette solution paraîtrait difficile à justifier si les établissements avait été créés sur des biens non soumis à l'usufruit, à

(1) Il y a une différence entre le nu propriétaire et le bailleur. — Cpr. art. 1714.
(2) V. *infra*, n. 620.
(3) Aubry et Rau, II, § 233, p. 507: Demolombe, X, n. 655 s.
(4) Caen, 26 juin 1860, S., 61. 2. 161. — Lyon, 15 déc. 1832, D. *Rép.*, v° *Usuf.*, n. 590.

moins que le constituant n'eût assumé une obligation de garantie.

561. Si le démembrement de la propriété impose au nu propriétaire une obligation négative, il lui confère, en revanche, le droit de contraindre l'usufruitier à l'accomplissement des obligations que la loi met à la charge de ce dernier ou à la réparation du dommage causé par leur inexécution; ainsi même pendant la durée de l'usufruit, le nu propriétaire pourra obliger l'usufruitier à effectuer les réparations d'entretien ou à payer la valeur des arbres indûment arrachés; il n'est pas réduit à l'action en déchéance de l'art. 618 (1).

562. L'art. 599 reconnaît implicitement à l'usufruitier le droit de faire des améliorations; d'autre part, l'art. 578 lui impose le devoir de conserver la substance. Comment concilier ce droit et ce devoir? Comment distinguer les innovations permises des transformations défendues? L'usufruitier a le droit d'améliorer, à la condition de ne pas dénaturer, question de fait et d'équité; les tribunaux, suivant les circonstances, apprécieront le changement opéré et verront s'il réalise une amélioration certaine, permanente, avec augmentation de revenus, sans pouvoir, dans l'avenir, causer quelque préjudice au nu propriétaire (2). N'est-ce pas là une solution préférable à celle si rigoureuse du droit romain et de Pothier, qui, de parti pris, sans égard pour les considérations de fait, avaient proscrit tout changement dans la forme intérieure ou extérieure de la chose soumise à l'usufruit (3)?

563. La disposition de l'art. 599 § 2, qui refuse à l'usufruitier tout droit à une indemnité pour les améliorations qu'il pourrait avoir faites, a été écrite, d'une part, en vue

(1) Aubry et Rau, II, § 233, p. 509; Demolombe, X, n. 573. — Cass., 14 mars 1838, S., 38. 1. 741; 10 janv. 1859, S., 59. 1. 225. — Cpr. cep. Poitiers, 20 janv. 1857, S., 58. 2. 237.

(2) Domat, *Lois civiles*, L. 1, tit. 11, sect. 1, art. 9; Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. IV, tit. 3, ch. II, art. 5 et 7; Locré, *Lég., civ.*, IV, p. 137-138; Laurent, VI, n. 482; Genty, *De l'usufruit*, n. 149. — Cass., 8 avril 1845, D., 45. 1. 214. — Orléans, 6 janv. 1848, S., 48. 2. 281, D., 48. 2. 107.

(3) L. 13, §§ 4 et 7, Dig., *De usufr.*, VII, 1; Pothier, *Du douaire*, n. 214 et 217; Aubry et Rau, II, § 231, p. 494; Demolombe, X, n. 443 s.; Proudhon, *De l'usufruit*, III, n. 1111 s.

d'éviter des comptes minutieux entre le nu propriétaire et l'usufruitier (on a ainsi tari par avance une source féconde de procès), et, d'autre part, pour empêcher que le nu propriétaire pût être grevé contre son gré, par le fait de l'usufruitier, d'obligations peut-être fort lourdes.

Comme exemple d'améliorations à raison desquelles l'usufruitier n'aurait droit à aucune indemnité, on peut citer le défrichement d'une lande, l'amendement des terres, leur assainissement par le creusement de fossés ou par le drainage.

On doit aussi considérer comme améliorations, non seulement les plantations faites par l'usufruitier, mais aussi les constructions nouvelles (1); quant aux réparations, elles sont soumises à la règle de l'art. 605 (2).

564. Et toutefois, en refusant à l'usufruitier toute indemnité à raison des améliorations qui proviennent de son fait, la loi lui accorde le droit d'enlever « les glaces, tableaux et » autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge » de rétablir les lieux dans leur premier état ». C'est le *jus tollendi*.

Cette faculté accordée à l'usufruitier ne s'applique pas seulement aux objets de pur ornement, mais aussi à tous ceux qui seraient devenus immeubles par destination, si le propriétaire lui-même les avait attachés au fonds; elle ne s'étend pas, au contraire, aux choses incorporées au sol, devenues immeubles par nature, et entrées de la sorte dans le patrimoine du nu propriétaire, en vertu du principe de l'accession. Telle est la ligne de démarcation entre les §§ 2 et 3 de l'art. 599 (3).

Les termes employés *(jus tollendi)* pour désigner la faculté laissée à l'usufruitier, disent assez que celui-ci n'a que le droit de prendre ce qui est susceptible d'enlèvement. Ainsi l'usufruitier, qui aurait fait des peintures à la fresque sur les murs de la maison, n'aurait pas le droit de les gratter. *Malitiis non est indulgendum.*

(1) V. *infra*, n. 573.
(2) V. *infra*, n. 672 s.
(3) V. *infra*, n. 573.

565. L'usufruitier est libre d'enlever les améliorations visées par l'art. 599 § 3 aussi bien pendant la durée de l'usufruit qu'après l'extinction de ce droit ; d'autre part, bien que le texte paraisse exclusivement prévoir le moment où l'usufruit prend fin, les autres améliorations ne pourraient, en principe, être supprimées au cours de l'usufruit ; liées indissolublement à l'immeuble, incorporées à lui, elles appartiennent désormais au nu propriétaire et suivent la condition normale des autres biens soumis au droit de l'usufruitier ; celui-ci ne pourrait plus les modifier, leur faire subir de changements, que dans les limites ci-dessus fixées (1) ; et même, logiquement, il devrait effectuer toutes les réparations destinées au bon entretien de ces améliorations ; en effet, son obligation générale de jouir en bon père de famille s'étend à l'objet tout entier du droit d'usufruit, à tout l'ensemble de la nue propriété ; si l'usufruitier se procure une augmentation de jouissance, grâce aux améliorations introduites, il est juste que ses obligations s'étendent à l'usufruit accru ainsi (2).

566. D'après l'opinion générale, l'usufruitier auquel l'art. 599 refuse le droit à une indemnité pour les améliorations, serait cependant autorisé à les compenser avec les détériorations à déduire leur valeur des dommages-intérêts dus pour dégradations ; en effet, dit-on, pour apprécier l'état de l'immeuble, au moment où la restitution s'opère, il faut l'envisager dans son ensemble plutôt que dans ses détails, compenser la détérioration commise sur un point par l'amélioration introduite ailleurs (3).

La compensation, à notre avis, serait possible si l'amélioration venait effacer la dégradation, se confondre en quelque sorte avec elle, s'il y avait entre elles comme une relation de cause à effet ; mais comment admettre une compensation lorsque la dégradation subsiste distincte, lorsqu'elle a été

(1) V. *supra*, n. 562.

(2) *Contra* Demolombe, X, n. 648.

(3) Aubry et Rau, II, § 235, p. 524 ; Demolombe, X, n. 647 ; Laurent, VI, n. 534 ; Proudhon, *De l'usufruit*, V, n. 2625 ; Duranton, IV, n. 622. — V. aussi dans l'ancien droit Pothier, *Du douaire*, n. 277 et *De la propriété*, n. 350.

commise sur un bâtiment déterminé, tandis que l'amélioration concerne un autre immeuble? On arriverait alors à une violation manifeste de l'art. 599, à la nécessité d'une évaluation de travaux effectués, malgré la volonté contraire du législateur; l'amélioration est facultative pour l'usufruitier; il la fait à ses risques et périls, tel est le vœu de la loi; mais il est toujours tenu de réparer les dégradations commises (1).

567. L'art. 599 s'applique au titulaire primitif de l'usufruit comme au cessionnaire de ce droit (2), mais non à un preneur fermier ou locataire des choses grevées d'usufruit; le preneur, en effet, reste soumis à toutes les règles du contrat de bail, soit dans ses rapports avec l'usufruitier bailleur, soit à l'égard du nu propriétaire obligé de respecter le contrat dans les conditions prévues par l'art. 595.

568. Les dispositions de l'art. 599 trouveront surtout leur application pratique dans l'hypothèse d'un usufruit immobilier; mais, le cas échéant, elles régissent aussi les améliorations apportées à un meuble, par exemple les enjolivements du mobilier, les incrustations, les sculptures des boiseries, les garnitures nouvelles et plus riches des fauteuils; l'usufruitier n'a droit à aucune indemnité; il a seulement le *jus tollendi*, si l'enlèvement offre quelque utilité pour lui.

569. L'usufruitier a fait des constructions sur le fonds grevé d'usufruit.

En principe, l'usufruitier, dans l'intérêt de sa jouissance, a la faculté d'élever des constructions nouvelles. L'obligation de conserver la substance de la chose donne seulement au nu propriétaire le droit, lors de la cessation de l'usufruit, d'imposer la destruction des ouvrages inutiles, à moins qu'à raison de la nature spéciale des travaux la remise des choses en l'état paraisse ultérieurement impossible, ce qui permettrait d'y mettre obstacle dès le commencement de l'entreprise. Lorsque des constructions nouvelles ont été édifiées, le propriétaire a-t-il le droit de les conserver sans payer d'indemnité? Ou bien l'usufruitier peut-il, lors de la cessation de

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, II, § 312, note 3.
(2) Demolombe, X, n. 649. — *Contra* Proudhon, *De l'usufruit*, III, n. 1456-1459.

l'usufruit, demander une indemnité au propriétaire, et, pour le cas où celui-ci refuserait de la payer, démolir la maison et rétablir les lieux dans leur ancien état ?

570. D'après une première opinion, on ne devrait pas considérer les constructions comme comprises parmi les *améliorations,* au sujet desquelles l'art. 599 refuse toute indemnité à l'usufruitier. En effet, dit-on, construire c'est créer une valeur nouvelle, et non améliorer ; l'amélioration suppose une simple modification qui rend la chose plus utile, plus agréable ou plus productive. L'art. 599 se trouvant ainsi écarté, on prétend que la situation de l'usufruitier à l'égard du nu propriétaire doit être régie par l'art. 555 al. 1 et 2, relatif au constructeur de mauvaise foi ou tout au moins par des règles analogues (1).

L'usufruitier pourra donc, si le propriétaire refuse de lui rembourser son impense, exercer le *jus tollendi,* c'est-à-dire démolir les constructions et faire son profit des matériaux, à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état (2).

571. Une seconde opinion arrive au même résultat par une autre voie. On reconnaît que les constructions sont comprises parmi les améliorations dont parle l'art. 599 (arg. art. 861, 1437, 1634, 2175 et surtout 2133, dans lesquels le mot *amélioration* comprend les constructions, d'après l'avis à peu près unanime des auteurs). Mais on accorde à l'usufruitier le *jus tollendi* par application de la partie finale de l'art. 599, qui dit : « Il peut cependant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements..., à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état » (3).

572. Suivant une troisième opinion, la question n'aurait

(1) D'après Aubry et Rau, II, § 204, p. 264, note 23, l'art. 555 n'est pas directement applicable ; mais la solution doit être analogue à celle contenue dans ce texte.

(2) En ce sens, Cass. belge, 27 janvier 1887, S., 87. 4. 29, D., 88. 2. 256 ; Aubry et Rau, II, § 204, p. 264, note 23 ; Demolombe, IX, n. 695 et 696 ; Duranton, IV, n. 379 ; Marcadé, sur l'art. 555, n. 6. — D'après Aubry et Rau, II, § 204, p. 265, note 24, on doit donner une solution différente pour les plantations et les traiter comme de véritables améliorations ; l'usufruitier par suite ne pourrait ni les enlever ni réclamer aucune indemnité. Cette distinction est repoussée par les autres auteurs.

(3) Cpr. Delvincourt, I, p. 217.

pas été prévue dans le code; l'usufruitier, libre de démolir à toute époque, à la fin de l'usufruit ou pendant sa durée, n'aurait droit à aucune indemnité; de son côté le nu propriétaire n'aurait pas le droit de conserver les constructions, de mettre obstacle à leur démolition; il devrait pour cela s'entendre avec l'usufruitier, de sorte que l'indemnité se trouverait nécessairement réglée par une convention entre les intéressés (1).

573. Enfin, dans une dernière opinion qui nous paraît préférable, on admet que les constructions sont comprises parmi les améliorations dont parle l'alinéa 2 de l'art. 599; mais on refuse à l'usufruitier qui les a faites le *jus tollendi* que lui accorde l'alinéa suivant. Les exemples que donne la loi prouvent, en effet, que le *jus tollendi* ne s'applique qu'aux objets mobiliers attachés au fonds par l'usufruitier, et qui, s'ils avaient été placés par le propriétaire, seraient devenus immeubles par destination (le texte cite les glaces, tableaux et autres ornements), mais non aux choses qui, par leur incorporation au sol, sont devenues immeubles par leur nature, comme les constructions. L'usufruitier devra donc les laisser au nu propriétaire sans indemnité. Ce qui fortifie singulièrement cette opinion, c'est qu'elle était adoptée dans notre ancien droit par Pothier et Domat (2), qui, s'inspirant des dispositions de la loi romaine, considéraient l'usufruitier comme ayant voulu faire donation des constructions au nu propriétaire, *donasse videtur*. Il est vrai que ces auteurs, toujours fidèles aux traditions du droit romain, admettaient la même présomption, en ce qui concerne les constructions faites par un possesseur de mauvaise foi; ils considéraient encore ici le constructeur comme ayant voulu faire donation des constructions au propriétaire, *donasse videtur*, et ils lui refusaient à ce titre, comme à l'usufruitier, le *jus tollendi* et le droit à une indemnité. On dit que notre législateur, ayant rejeté la présomption *donasse videtur*, en ce qui concerne le possesseur de mauvaise foi (art. 555 al. 1 et 2), n'a pas pu vouloir la maintenir, en ce qui concerne l'usufruitier. Mais

(1) Laurent, VI, n. 490.

(2) Pothier, *Du douaire*, n. 276; Domat, *Lois civiles*, L. I, tit. 11, sect. 1, art. 17 et 18.

pourquoi donc? En droit romain, la présomption *donasse videtur* avait sa raison d'être quant au possesseur de mauvaise foi, qui ne pouvait pas usucaper. Chez nous, elle serait un non-sens, appliquée à ce même possesseur auquel notre loi permet d'usucaper par trente ans. Comment présumer qu'un semblable possesseur, qui se comporte comme propriétaire, et qui espère bien le devenir, en réalité, par la prescription, puisse avoir l'intention, quand il construit sur le fonds, de faire cadeau des constructions au propriétaire? Cette présomption, au contraire, peut se justifier en ce qui concerne l'usufruitier : il ne possède point *animo domini;* son titre implique même la reconnaissance du droit du propriétaire ; on peut donc facilement supposer qu'il construit avec l'intention de jouir des constructions pendant la durée de l'usufruit et de les abandonner ensuite au propriétaire (1).

Aussi n'y a-t-il aucune contradiction à permettre au propriétaire d'exiger l'enlèvement sans indemnité des constructions qu'il juge inutiles, préférant recouvrer la chose dans son état antérieur; l'usufruitier, d'autre part, ne peut ni à la fin de l'usufruit, ni pendant sa durée, faire disparaître les constructions (2), règle déjà posée à propos des autres améliorations; en effet, incorporées au sol, les constructions sont entrées dans le patrimoine du nu propriétaire, s'il veut profiter de l'accession; l'usufruitier n'en peut disposer sans manquer à son obligation de jouir en bon père de famille, ni les enlever, si ce n'est dans certains cas exceptionnels où la construction aurait le caractère d'une modification permise dans l'intérêt de la jouissance; par exemple, l'usufruitier d'un terrain vague a fait élever des constructions légères, considérées cependant comme immeubles par nature, pour

(1) La jurisprudence est en ce sens Cass., 4 nov. 1885, S., 86. 1. 113, D., 86, 1. 161. — Besançon, 5 avril 1887, S., 89. 2. 62. D., 88. 2. 223. — Dijon, 1er mai 1891, D., 91. 2. 332. L'arrêt ajoute toutefois cette restriction très raisonnable que l'art. 599 n'est pas applicable dans les rapports du nu propriétaire et d'un tiers qui aurait construit sur le terrain grevé d'usufruit. — *Sic* Proudhon, *De l'usuf.*, III, n. 1437 et 1441; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 190 et 192; Pont, *Des priv. et des hyp.*, I, n. 635; Toullier, III, n. 427.

(2) V. *supra*, n. 565; cette solution renverse la base même sur laquelle s'appuie le troisième système.

les louer à des entrepreneurs de spectacles; si la location devient ensuite très difficile, la démolition paraîtra utile, même nécessaire, pour recourir à un mode plus productif de jouissance; le propriétaire, à moins de prendre lui-même à bail l'immeuble bâti, ne pourrait s'opposer à la démolition.

§ II. *Hypothèses particulières.*

A. *De l'usufruit des choses fongibles, ou quasi-usufruit.*

574. « *Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut* » *faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains,* » *les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la* » *charge d'en rendre de pareille quantité, qualité ou valeur,* » *ou leur estimation à la fin de l'usufruit* » (art. 587).

Ainsi qu'on l'a vu plus haut, les choses qui se consomment par le premier usage ne sont pas susceptibles d'un véritable usufruit. Il est impossible, en effet, d'en jouir en conservant leur substance, conformément à la définition donnée par l'art. 578, puisqu'il s'agit de choses dont on ne peut se servir sans les consommer, *quarum usus in abusu consistit.* Jouissance et conservation de la substance sont ici deux idées incompatibles. Mais on a admis, *utilitatis causa,* la possibilité d'établir sur ces choses un droit analogue à l'usufruit, *quasi ususfructus :* c'est le *quasi-usufruit.* L'usufruitier aura le droit de consommer la chose, puisqu'il est impossible d'en jouir autrement, et à la fin de l'usufruit, il restituera, non la chose elle-même, qui probablement n'existera plus, mais son équivalent.

575. En quoi consistera cet équivalent? La loi dit que l'usufruitier rendra des choses « de pareille quantité, qualité » et *valeur*, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit ». Commençons par supprimer le mot *valeur.* En effet, la valeur des choses consomptibles est essentiellement variable, et, en restituant, lors de la cessation de l'usufruit, des choses de même qualité et en même quantité, l'usufruitier restituera souvent une valeur différente. Ainsi, l'usufruit portant sur 100 hectolitres de froment qui, à raison de 20 fr. l'hectolitre, valaient 2.000 fr., lors de l'ouverture de l'usufruit, il est

clair que, si le blé de la même qualité vaut 25 fr., lors de la cessation de l'usufruit, l'usufruitier, en restituant 100 hectolitres de ce blé restituera une valeur de 2.500 fr. A moins qu'on ne dise que le mot *valeur* est pris ici comme synonyme de *bonté;* mais alors il ferait double emploi avec le mot *qualité*.

576. Maintenant, l'usufruitier a-t-il le choix entre les deux termes de l'alternative établie par la loi : restitution en nature (choses de pareille quantité et qualité) ou restitution en argent (prix d'estimation). On pourrait le croire à première vue; car, dans l'obligation alternative, le choix appartient en général au débiteur, c'est-à-dire à l'usufruitier (art. 1190). Mais on arriverait ainsi à un résultat fort injuste : les bonnes chances seraient laissées à l'usufruitier, et les mauvaises au nu propriétaire. L'usufruitier restituerait des choses semblables à celles qu'il a reçues, lorsque le prix de ces choses aurait baissé depuis l'ouverture de l'usufruit ; au cas contraire, il restituerait leur estimation (1). On ferait, il est vrai, disparaître cette injustice, en admettant que l'estimation dont parle la loi doit être faite d'après la valeur des choses *lors de la cessation de l'usufruit :* l'usufruitier restituerait alors, à son choix, ou des choses semblables à celles qu'il a reçues, ou l'estimation de ces choses au moment où la restitution doit être faite, ce qui serait équivalent pour le propriétaire (2). Mais les mots *à la fin de l'usufruit,* qui terminent l'art. 587, sont séparés par une virgule du mot *estimation,* et ne peuvent pas par conséquent avoir été écrits en vue de déterminer l'époque à laquelle l'estimation doit être faite.

577. L'art. 587 doit être interprété à la lueur de la tradition, car sa disposition n'est pas de droit nouveau. En droit romain (L. 7 D., *De usufr., ear. rer.*, VII, 5) et sous notre ancienne législation, le quasi-usufruitier ne jouissait d'aucune alternative pour la restitution à faire au nu propriétaire. On

(1) Certains auteurs ont cependant soutenu que l'usufruitier avait une alternative et que l'estimation devait se faire à l'ouverture de l'usufruit. Proudhon, *De l'usufruit,* V, n. 2634; Toullier, III, n. 398.

(2) Aubry et Rau, II, § 236, p. 526; Delvincourt, I, p. 251 ; Troplong, *Du prêt,* n. 219, *De la société,* II, n. 500, *Du contrat de mariage,* IV, n. 3156.

établissait à cet égard la distinction suivante. Les choses grevées du droit d'usufruit avaient-elles été estimées lors de la constitution de l'usufruit? On appliquait la règle *Æstimatio facit venditionem :* l'usufruitier devenait propriétaire des choses grevées de l'usufruit, comme il le serait devenu en vertu d'une vente, et devait par suite restituer *le prix d'estimation.* Si, au contraire, aucune estimation n'avait été faite lors de la constitution de l'usufruit, l'usufruitier devenait encore propriétaire, mais sous l'obligation de restituer des choses de pareille quantité et qualité. Tout porte à croire que notre législateur a entendu consacrer ce système si rationnel et si équitable. Les termes de l'art. 587 favorisent cette interprétation. La loi ne dit pas en effet : des choses de pareille quantité et qualité *ou leur valeur,* elle dit : *ou leur estimation,* ce qui suppose qu'une estimation a été faite; et sa disposition semble ainsi signifier que l'usufruitier doit le prix d'estimation quand il y a eu estimation, et, dans le cas contraire, des choses de pareille quantité et qualité (1).

Bien entendu, la question que nous venons d'agiter ne s'élèverait pas, si le titre constitutif de l'usufruit s'expliquait sur le mode de la restitution.

578. Parmi les choses consomptibles auxquelles s'applique le quasi-usufruit, la loi cite l'argent, les grains, les liqueurs. On ne voit guère dans la pratique d'exemples d'usufruit constitué *à titre particulier* sur des choses consomptibles autres que l'argent. Ainsi on concevrait difficilement qu'un testateur léguât l'usufruit d'une barrique de vin, de cent hectolitres de froment... Mais, au contraire, on voit fréquemment des choses consomptibles autres que l'argent, comprises dans une constitution d'usufruit faite *à titre universel,* comme il arrivera si un mari lègue à sa femme la moitié de ses biens en usufruit. Aussi la loi, qui statue toujours *de eo quod plerumque fit,* fait-elle allusion dans l'art. 587 à un usufruit constitué de cette façon : « Si l'usufruit, dit cet article *com-*

(1) Demolombe, X, n. 291-293; Laurent, VI, n. 408; Duranton, IV, n. 577; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 168; Demante, II, n. 126 *bis;* Marcadé, sur l'art. 587, n. 2.

» *prend* des choses dont on ne peut faire usage sans les con-» sommer... »

579. Le quasi-usufruit est généralement défini : celui qui porte sur des choses *consomptibles.* On en donnerait une notion plus exacte, au moins quand il est établi par la volonté de l'homme, en disant que c'est celui qui porte sur des choses *fongibles* (on se souvient que c'est la nature de la chose qui fait qu'elle est *consomptible,* tandis que c'est la volonté des parties qui la rend *fongible*) (1). En effet, d'une part, on conçoit à la rigueur que les choses consomptibles puissent être l'objet d'un *véritable* usufruit, d'un usufruit proprement dit : comme si un testateur a légué à un changeur l'usufruit de pièces de monnaie d'un certain type (de pièces d'or de cent francs, par exemple, qui sont devenues rares) pour les mettre en montre dans son comptoir, *ad pompam et ostentationem,* et à la charge de les restituer *in specie* à la fin de l'usufruit. En sens inverse, on conçoit que des choses qui ne se consomment pas par le premier usage puissent être l'objet d'un *quasi-usufruit :* comme si j'ai légué l'usufruit d'un cheval, en autorisant l'usufruitier à en disposer, et en l'obligeant à rendre, lors de la cessation de l'usufruit, un cheval semblable. En définitive, la question de savoir si l'usufruitier est tenu d'une restitution *in specie* ou d'une restitution par équipollent, ou, si l'on veut, la question de savoir s'il y a usufruit ou quasi-usufruit, dépend, non *de la nature de la chose,* mais *de la volonté des parties ou du constituant,* et on exprime cette idée en disant que le quasi-usufruit est l'usufruit de choses *fongibles,* tandis qu'on exprime l'idée contraire en disant que c'est l'usufruit de choses *consomptibles.* La nature de la chose ne peut servir qu'à faire deviner la volonté des parties, quand elles ne l'ont pas manifestée : dans le doute, on supposera que l'usufruit établi sur des choses consomptibles est un quasi-usufruit ; de même qu'en sens inverse on supposerait que l'usufruit établi sur des choses non consomptibles est un véritable usufruit. Mais, sur l'un comme sur l'autre point, la volonté des parties peut décider le contraire.

(1) V. *supra,* n. 17 et 18.

Il ne suffit pas que l'on ait procédé à une estimation des choses soumises à l'usufruit pour en conclure à la transformation du droit en un quasi-usufruit. L'intention des parties doit être consultée : si on a fait l'estimation pour en constituer l'usufruitier débiteur, en lui transférant la propriété des choses estimées, on aura un quasi-usufruit, mais si l'estimation a eu seulement pour but de fixer la valeur des choses en vue de l'inexécution de l'obligation imposée à l'usufruitier de jouir en bon père de famille et de restituer en état, on décidera qu'il y a un véritable usufruit; dans le doute on admettra plutôt cette dernière interprétation, car l'usufruitier n'a pas d'ordinaire intérêt à voir l'estimation assimilée à une vente puisque, en principe, il peut user de la chose comme s'il était propriétaire, sans répondre des pertes fortuites ou des détériorations inhérentes à un usage normal (1).

580. L'usufruitier d'un bail à ferme recueille tous les fruits de la ferme et profite de tous les avantages du bail, de la même manière et sous les mêmes conditions que le constituant, sans avoir à en rendre compte; il est substitué au fermier qui a concédé l'usufruit, pour l'exploitation du droit au bail; par suite, le titulaire de l'usufruit constitué n'exerce pas seulement un droit de quasi-usufruit portant sur des choses fongibles, et il n'est pas tenu, à la cessation de l'usufruit, de rendre au constituant des fruits en quantité et qualité égales à ceux qu'il a recueillis au cours du bail (2).

581. Aux termes de l'art. **1892** : « Le prêt de consomma-» tion est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre » une certaine quantité de choses qui se consomment par » l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre » autant de même espèce et qualité ». On voit par cette définition que le prêt de consommation présente une très

(1) Laurent, VI, n. 410.

(2) Cass., 19 janv. 1857, S., 59. 1. 421, D., 59. 1. 279. — Montpellier, 13 mars 1856, S., 57. 2. 695, D., 57. 2. 166. — Aubry et Rau, II, § 230, p. 482; Laurent, VI, n. 379; Proudhon, *De l'usufruit*, I, n. 367. — *Contra* Caen, 28 mai 1868, S., 69. 2. 18. — Demolombe, X, n. 330; Duranton, III, n. 372. Ces auteurs considèrent à tort que les fruits à recueillir dans l'exploitation du bail constituent l'objet propre de l'usufruit, sa substance; c'est au contraire « le droit au bail » qui fait l'objet direct de l'usufruit.

grande analogie avec le quasi-usufruit. Mais il y a des différences :

1° Le quasi-usufruitier doit fournir caution, à moins qu'il n'en soit dispensé par la loi ou par le titre constitutif de l'usufruit; il doit aussi procéder à l'inventaire; en un mot il est soumis à toutes les obligations de l'usufruitier lors de l'entrée en jouissance. Au contraire l'emprunteur à consommation ne doit pas de caution, à moins qu'il ne se soit obligé à en fournir une.

2° De même que l'usufruit, le quasi-usufruit peut être légal, testamentaire ou conventionnel; le prêt de consommation est toujours conventionnel;

3° Dans le quasi-usufruit, l'obligation de restituer prend naissance par la mort du quasi-usufruitier et par tout événement qui met fin à l'usufruit; tandis que, dans le prêt de consommation, l'emprunteur ne doit restituer qu'à l'époque fixée par la convention.

582. Le quasi-usufruit diffère à plusieurs égards de l'usufruit : 1° L'usufruit n'est qu'un démembrement de la propriété; le quasi-usufruit est un droit de propriété pleine et entière. Le quasi-usufruitier peut donc aliéner, tandis que l'usufruitier ne le peut pas;

2° Le quasi-usufruitier étant propriétaire, les risques sont pour son compte, *casum sentit dominus*. Si les choses sur lesquelles porte son droit périssent par cas fortuit, il n'en sera pas moins tenu à restitution envers le nu propriétaire. Au contraire, l'usufruitier n'étant pas propriétaire, les risques ne sont pas à sa charge : si la chose périt par cas fortuit, il sera libéré de toute restitution.

3° L'usufruitier doit restituer à la fin de l'usufruit la chose même qu'il a reçue; le quasi-usufruitier doit restituer des choses semblables.

B. *De l'usufruit d'un fonds de commerce.*

583. Quelques auteurs enseignent qu'un fonds de commerce, étant composé de marchandises destinées à être vendues et par suite de choses fongibles, l'usufruit qui porte sur un semblable fonds doit être considéré comme un quasi-usufruit, et

régi à ce titre par l'art. 587 : ce qui entraînerait notamment cette conséquence que l'usufruitier pourrait vendre le fonds de commerce (1); une autre conséquence est à signaler : si l'usufruitier du fonds de commerce tombait en faillite, le nu propriétaire, réduit à une action personnelle contre le titulaire du quasi-usufruit, n'aurait d'autre ressource que de produire à la masse ; si, au contraire, on est en présence d'un véritable usufruit, le droit de nue propriété devra être respecté par les créanciers, qui pourront seulement poursuivre la vente de l'usufruit du fonds. Cette première théorie a le tort de confondre le fonds de commerce avec les marchandises qu'il comprend. Un fonds de commerce est une sorte d'universalité, *nomen juris sicut hereditas* (2), se composant de marchandises destinées à être vendues et remplacées par d'autres et comprenant aussi la clientèle, l'*achalandage,* comme on disait autrefois; il comprend aussi le matériel et, dans certains cas, si l'établissement a un côté industriel, les instruments de fabrication et même les brevets d'invention ; ainsi envisagé, le fonds de commerce n'est certainement pas une chose fongible, à moins que l'acte constitutif de l'usufruit ou les conventions intervenues entre le propriétaire et l'usufruitier, lors de l'entrée en jouissance, ne révèlent l'intention de lui attribuer ce caractère (3).

Faut-il alors appliquer aux fonds de commerce la disposition de l'art. 589 relative aux meubles qui se détériorent peu à peu par l'usage (4)? On ne peut guère y songer. Loin de

(1) Cass., 9 messidor an XI. — Toulouse, 8 décembre 1833, D. *Rép.*, v° *Usufruit*, n. 206; Zachariæ, § 225, texte et note 2; Proudhon, *De l'usufruit*, III, n. 1010 à 1024; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 170.

(2) Cependant le fonds de commerce ne comprend de plein droit, et sauf intention contraire, ni les créances, ni les dettes, ce qui aurait lieu s'il était véritablement un *nomen juris* semblable à une hérédité; pour qu'il en fût autrement, il faudrait supposer un fonds de commerce spécial, comme un établissement de banque, pour y faire rentrer les créances et les dettes; Aubry et Rau, II, § 236, p. 527, note 5. — Cpr. 1. 77, § 16 Dig., *De Leg.*, (2°).

(3) La loi du 1er mars 1898 sur le nantissement des fonds de commerce paraît considérer le bien comme un immeuble incorporel. Cpr. *Traité des privilèges et hypothèques*, I, n. 67 s.

(4) Certains arrêts (Cass., 14 déc. 1842, S., 43. 1. 22, D. *Rép.*, v° *Usufruit*, n. 268, après avoir attribué au fonds de commerce le caractère d'une universalité, en ce sens qu'il se renouvelle sans cesse par l'achat de nouvelles marchandises, font

se détériorer peu à peu par l'usage, un fonds de commerce est, au contraire, susceptible d'augmenter de valeur s'il est bien géré.

Voici, dans le silence de la loi, la solution qui nous semblerait devoir être adoptée. L'usufruitier a le droit d'exploiter le fonds de commerce et, par suite, de vendre les marchandises dont il se compose, à la charge de les remplacer par d'autres ; c'est la seule manière en effet de jouir du fonds de commerce. Il vendra les marchandises, non pas comme propriétaire (car il ne l'est pas, puisqu'il n'y a pas ici de quasi-usufruit), mais comme administrateur. Non seulement l'usufruitier peut exploiter le fonds de commerce, mais il le doit ; car il est tenu de conserver la substance de la chose, et il l'altèrerait s'il laissait périr la clientèle faute d'exploitation ; le nu propriétaire aurait alors le droit d'exiger la vente du fonds de commerce, si l'usufruitier ne prenait lui-même l'initiative de cette vente après avoir refusé de continuer l'exploitation (1). A la fin de l'usufruit, l'usufruitier devra restituer le fonds de commerce dans l'état où il l'a pris, en tenant compte au nu propriétaire de tous les éléments dont se compose un fonds de commerce (2) ; ainsi il devra d'abord restituer les marchandises correspondant au commerce exploité ; elles pourront différer comme nature, forme et qualité de celles trouvées à l'ouverture de l'usufruit ; le commerçant doit en effet régler ses achats sur les caprices de la mode et les variations corrélatives de leur production ; leur quantité pourra même être supérieure ou inférieure suivant l'époque : si l'usufruit cesse au début d'une saison, le magasin aura plus de marchandises que si la restitution du fonds de commerce s'opérait en fin de saison. Par ailleurs, il ne suffirait pas de remettre le matériel et les instruments de fabrication dans leur état après un usage prolongé ; l'usufruitier a l'obligation de jouir en bon père de famille, ce qui le met dans la néces-

application de l'art. 589 ; l'usufruitier restitue les objets compris dans le fonds de commerce, dans leur état à la cessation de l'usufruit, s'ils n'ont pas été détériorés par sa faute.

(1) Aix, 12 mars 1878, S., 78. 2. 265 ; Aubry et Rau, II, § 236, p. 528.

(2) Aix, 12 mars 1878, précité.

sité de renouveler au besoin, suivant les exigences commerciales, le matériel et l'outillage (1). La restitution a lieu conformément aux indications précédentes, sans rechercher si les marchandises et le matériel présentent une différence de valeur en plus ou en moins, à l'époque de la restitution; il suffit que l'usufruitier ait exploité selon les habitudes d'un bon commerçant. Quant aux résultats de l'exploitation, aux bénéfices du commerce, on doit les considérer, ainsi qu'il a été dit plus haut, comme des fruits civils, de sorte que, si l'usufruit cesse pendant l'année commerciale, on attendra l'issue de l'inventaire pour opérer le partage des bénéfices entre le nu propriétaire et l'usufruitier dans la proportion fixée par l'art. 586. L'usufruitier sera tenu à une indemnité, si, faute d'une exploitation intelligente, il n'a pas su conserver la clientèle ou s'il ne laisse pas une quantité de marchandises égale à celle qu'il a reçue ou plutôt, suivant la règle posée ci-dessus, égale à celle qu'il devrait avoir en magasin, étant donnée l'époque de l'extinction de l'usufruit. Mais aucune indemnité ne lui sera due pour les améliorations (arg. art. 599) (2).

584. Il peut se faire que le fonds de commerce ait été estimé lors de la création de l'usufruit; quel sera l'effet de l'estimation? Si le titre constitutif de l'usufruit s'explique sur ce point, il fera la loi des parties. Dans le cas contraire, il faut distinguer. Si l'estimation porte seulement sur des marchandises existant au moment de l'ouverture de l'usufruit, elle devra être considérée comme faite en vue de déterminer l'étendue de la restitution dont sera tenu l'usufruitier. Si, au contraire, l'estimation porte sur le *fonds de commerce*, c'est-

(1) La restitution des brevets d'invention s'opère par la remise des titres, sans aucun compte à établir entre le nu propriétaire et l'usufruitier, lorsque l'exploitation des brevets s'est faite normalement, sans faute, ni négligence imputable à l'usufruitier.

(2) Sur le principe d'après lequel l'usufruitier d'un fonds de commerce n'en devient pas propriétaire en qualité de quasi-usufruitier, v. Aubry et Rau, II. § 236, p. 527; Demolombe, X, n. 307; Laurent, VI, n. 417; Genty, *De l'usufruit*, n. 141; Marcadé, sur l'art. 581, n. 2 et sur l'art. 1553, n. 1; Troplong, *Du contrat de mariage*, IV, n. 3160 à 3163. — Cass., 10 avril 1814, S. chr.; 13 déc. 1842, S., 43. 1. 22. — Aix, 12 mars 1878, précité.

à-dire sur l'universalité comprenant, outre les marchandises, l'enseigne commerciale et la clientèle, l'estimation devra être considérée comme faite en vue de servir de base au règlement de l'indemnité que l'usufruitier sera condamné à payer à la fin de l'usufruit, s'il a laissé dépérir le fonds de commerce, faute d'une exploitation active et intelligente (1).

C. *De l'usufruit d'une créance.*

585. L'usufruitier d'une créance a certainement le droit d'en toucher les intérêts. Peut-il toucher aussi le capital quand il devient remboursable (2) ? Il est difficile de ne pas admettre l'affirmative en présence de l'art. 39 de la loi du 3 mai 1841, qui permet à l'usufruitier d'un immeuble exproprié pour cause d'utilité publique de toucher l'indemnité d'expropriation, sauf au propriétaire à exiger une caution. La solution contraire priverait l'usufruitier de son droit de jouir. Il est vrai que le droit de l'usufruitier va ainsi se trouver transformé : l'usufruit va dégénérer en quasi-usufruit. Mais cette transformation est indépendante du fait de l'usufruitier ; elle résulte de la nature même du droit de créance, qui était temporaire. D'ailleurs le nu propriétaire peut se mettre à l'abri des dangers qu'elle lui fait courir en exigeant une caution (arg. art. 601 C. civ. et art. 39 loi du 3 mai 1841). Si l'usufruitier n'en trouve pas, le tribunal peut lui imposer un placement déterminé offrant toutes garanties pour le nu propriétaire (3).

586. L'usufruitier, en principe, ne peut poursuivre les débiteurs, recevoir les intérêts, le capital, en donner décharge,

(1) La jurisprudence paraît avoir quelque tendance à consacrer une autre opinion et à considérer l'estimation, soit des marchandises, soit du fonds, comme indicative de l'intention de créer un quasi-usufruit. — Cass., 13 déc. 1841, précité. — Paris, 27 mars 1841, S., 41. 2. 529, D., 41. 2. 253.

(2) L'usufruitier d'une rente perpétuelle peut recevoir également les arrérages et le capital de la rente. — V. *infra*, n. 602.

(3) Cass., 7 nov. 1881, S., 85. 1. 11, D., 83. 1. 174. — Besançon, 8 fév. 1875, S., 77. 2. 36. — Aix, 12 juin 1879, S., 80. 2. 77. — Alger, 19 juin 1895, *La loi*, 30 janv. 1896. — Aubry et Rau, II, § 230, p. 491 ; Demolombe, X, n. 323 ; Laurent, VI, n. 413. — *Contra* Labbé, *Note* sous Grenoble, 17 juil. 1868, S., 69. 2. 9 ; Demante, II, n. 463 *bis*, III ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 198.

avant d'avoir obtenu la délivrance de l'usufruit; par suite, les paiements qui, avant cette époque, auraient été faits volontairement à l'usufruitier ne seraient pas libératoires, à moins d'émaner de débiteurs de bonne foi ayant de justes raisons de croire l'usufruitier possesseur de la créance (1). A l'inverse, les tiers qui, après la délivrance, paieraient entre les mains du nu propriétaire, ne seraient pas libérés, s'ils n'étaient de bonne foi, s'ils n'avaient ignoré l'existence de l'usufruit; aussi l'usufruitier a-t-il intérêt, sans y être toutefois obligé, à remplir les formalités de l'art. 1690, afin d'éviter les paiements faits en arrière de lui, de bonne foi, au nu propriétaire.

587. Mais l'usufruitier d'une créance n'en est pas propriétaire, et de là il résulte : 1° qu'il ne peut pas l'aliéner (2); 2° qu'il ne peut pas la nover (3); 3° que ses créanciers ne peuvent pas la saisir; 4° enfin que si le débiteur devient insolvable, l'usufruitier ne sera tenu à aucune restitution envers le nu propriétaire, à moins cependant que, l'insolvabilité du débiteur étant survenue postérieurement à l'époque fixée pour le remboursement de la créance, l'usufruitier n'ait négligé d'exercer des poursuites en temps utile : auquel cas, la perte de la créance pouvant être imputée à l'usufruitier, il en serait responsable; en effet, il n'a pas seulement le droit de poursuivre les débiteurs, il a le devoir d'agir ainsi en temps utile, quand la dette est exigible (4). D'autre part, il ne faut pas étendre la règle qui déclare l'usufruitier irresponsable à d'autres hypothèses que celle de l'insolvabilité du débiteur primitif; d'après certains arrêts, l'usufruitier ne serait pas responsable du placement des sommes perçues à l'échéance, ni de la subs-

(1) Cass., 3 mars 1868, D., 68. 1. 155. — Laurent, VI, n. 369.

(2) L'usufruitier de titres au porteur ne pourrait non plus les prêter à un tiers sans engager sa responsabilité, ni les convertir en un titre unique. — Cpr. Trib. Saint-Omer, 15 avril 1892, D., 93. 2. 433.

(3) Si l'usufruitier violait cette prohibition, le nu propriétaire pourrait demander l'application de l'art. 618. — Bordeaux, 19 avril 1847, S., 48. 2. 183.

(4) Alger, 19 juin 1895, *La loi*, 30 janv. 1896. — Quant au nu propriétaire, il n'est pas, en principe, recevable à poursuivre le remboursement d'une créance soumise à l'usufruit. — Nancy, 22 janv. 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 646. — Si la négligence de l'usufruitier mettait en péril les droits du nu propriétaire, celui-ci pourrait provoquer la déchéance de l'usufruit pour abus de jouissance, ou se faire autoriser à recouvrer le capital, sauf à en servir l'intérêt à l'usufruitier.

titution d'un nouveau débiteur à l'ancien (1) ; l'erreur de ces solutions n'est pas douteuse ; à l'échéance, l'usufruitier, qu'il opère le placement des fonds ou qu'il consente à la substitution d'un nouveau débiteur, doit être considéré comme ayant reçu le paiement du capital de la dette ; l'usufruit s'est transformé, par suite, en un quasi-usufruit ; désormais, propriétaire des capitaux et libre d'en disposer, le quasi-usufruitier doit supporter les risques de ses opérations ; sinon, comment pourrait-il consentir à la substitution d'un débiteur, c'est-à-dire à une novation, puisque c'est là un acte de disposition interdit à un simple usufruitier (2) ?

588. Il existe dans certaines sociétés ou compagnies des obligations dites *à prime*. On les appelle ainsi parce que, outre un intérêt annuel, elles donnent droit à une prime lorsque le sort les appelle au remboursement. Ainsi une obligation émise à 300 fr. sera remboursable à 500 fr., par conséquent avec une prime de 200 fr. Il y a aussi des obligations *à lots*, très recherchées aujourd'hui ; elles donnent l'espoir de gagner des lots attribués périodiquement par voie de tirage au sort. Primes et lots sont obtenus par le moyen de retenues opérées sur les intérêts des obligations. Ainsi, au lieu de toucher chaque année deux coupons de 7 fr. 50 par chaque obligation, les obligataires verront le coupon réduit à 7 fr. et subiront ainsi chaque année une retenue de 1 fr. par obligation. C'est l'ensemble de ces retenues, nous le répétons, qui sert à composer les primes de remboursement et les lots. Les primes et les lots sont donc des intérêts réservés et payables en bloc. Telle était certainement la pensée du législateur, lorsqu'il a assujetti ces primes et ces lots à la taxe de 3 0/0 établie par la loi du 29 juin 1872 sur les intérêts des obligations (loi du 21 juin 1875, art. 5).

589. Cela posé, quel sera le droit de l'usufruitier d'une

(1) Grenoble, 17 juill. 1868, S., 69. 2. 9, D., 69. 2. 101. — Dijon, 27 janv. 1864, D., 65. 2. 104.

(2) L'usufruitier ne pourrait non plus proroger l'exigibilité de la dette ni accorder des atermoiements au débiteur, sans engager sa responsabilité, si ces conventions étaient de nature à causer préjudice au nu propriétaire. — Cpr. Paris, 5 juin 1881, D., 82. 2. 137. — Cass., 30 avril 1895, D., 95. 1. 465. — Bordeaux, 5 août 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 2. 565.

semblable obligation, sur la prime de remboursement ou sur le lot échu à cette obligation ?

On pourrait dire : La prime de remboursement ou le lot n'est pas un fruit ; c'est un *donum fortunæ*, comme le trésor; l'usufruitier n'y a donc aucun droit, pas plus qu'au trésor (arg. art. 598 *in fine*) (1).

590. Sans doute, la prime de remboursement ou le lot est, dans une certaine mesure, un *donum fortunæ*, puisque c'est un gain fait à la loterie. Mais il y a cette différence avec le trésor qu'on ne paie rien pour acquérir ce dernier, tandis qu'on paie quelque chose pour acquérir la chance de gagner la prime de remboursement ou le lot : on paie une somme égale à la retenue faite chaque année sur les intérêts de l'obligation. Voilà une obligation de 500 fr. qui, au lieu de donner 25 fr. de revenu annuel, ce qui représenterait son intérêt à 5 0/0, ne rapporte que 20 fr. ; mais elle donne chaque année la chance de gagner un lot de 100.000 fr. qui est formé avec les 5 fr. retenus sur les intérêts de chaque obligation. Eh bien! cette obligation reçoit chaque année 20 fr. d'intérêt plus un billet de loterie qui coûte 5 fr. Si l'obligation gagne un lot, à qui devra-t-il profiter? A celui qui a payé le billet de loterie, ce nous semble, c'est-à-dire à l'usufruitier, puisqu'il a subi la retenue qui forme le prix du billet. Donc le lot lui appartient, et il en serait de même de la prime de remboursement.

591. Enfin, d'après une troisième opinion, qui compte d'assez nombreux suffrages, le lot ou la prime de remboursement appartiendrait au propriétaire pour la nue propriété et à l'usufruitier pour la jouissance. C'est celle qu'a adoptée la cour de cassation dans un arrêt du 14 mars 1877 (2). La cour dit pour tout motif : « Attendu que cette prime (la prime de remboursement) forme un surcroît de capital, qui appartient au nu propriétaire de l'obligation et dont la jouissance seule peut être réclamée par l'usufruitier ».

(1) Lyon, 29 mai 1884, S., 85. 2. 79. — Trib. Château-Thierry, 20 déc. 1882, S., 84. 2. 103. — Trib. Villefranche-sur-Saône, 8 déc. 1882, S., 83. 2. 163. — Laurent, VI, n. 427.

(2) Cass., 14 mars 1877, S., 78. 1. 5 et la *Note* de M. Labbé, D., 77. 1. 153. — Paris, 13 avril 1878, S., 78. 2. 134. — Audier, *Rev. prat.*, XLVIII, p. 152.

Il est facile toutefois de développer la formule de l'arrêt. Le lot ou la prime de remboursement sont, en quelque sorte, des accessoires du titre de « l'obligation », une réclame destinée à favoriser l'émission des titres par l'appât d'une prime ; la valeur de l'obligation elle-même s'accroît au moment des tirages et à mesure que se rapproche l'époque du remboursement ; ces avantages ont bien leur compensation dans une diminution du revenu ; mais cette réduction même est aléatoire, quant à sa durée, puisqu'elle sera supportée plus ou moins longtemps suivant les hasards du tirage ; d'ailleurs la diminution de revenus est parfois supportée successivement par plusieurs personnes, d'abord par le possesseur primitif de l'obligation, avant la constitution de l'usufruit, ensuite par l'usufruitier, puis à nouveau par le titulaire de la créance, après l'extinction de l'usufruit ; faudra-t-il établir un décompte entre eux lors du paiement du lot ou de la prime ? Celui qui a souscrit ou bien acheté l'obligation a voulu la chance d'un accroissement de capital au prix d'une diminution de revenus ; l'usufruitier doit respecter cette volonté, cette destination pour ainsi dire, ce mode de jouissance, sans se plaindre, puisqu'il va lui aussi profiter des hasards heureux ; la prime une fois payée augmentera en même temps le capital et les revenus.

592. *A fortiori* l'usufruitier ne pourrait prétendre à l'attribution des actions et parts d'intérêts qu'une société, en absorbant une autre société, aurait acquises et réparties entres ses membres, conformément aux statuts ; ce sont des valeurs qui viennent accroître le capital et appartiennent au nu propriétaire ; l'usufruitier en a seulement la jouissance, quand bien même l'acquisition aurait eu lieu avec des sommes provenant d'économies réalisées sur les revenus (1).

593. L'usufruitier perçoit les intérêts et dividendes des actions d'après le principe de l'art. 586 ; mais il n'a aucun droit sur la partie des bénéfices retenus, conformément aux statuts, pour la formation d'un fonds de réserve, créé pour durer autant que la société elle-même et être réparti entre

(1) Cass., 14 mars 1877, précité.

les associés lors de la liquidation de la société et en même temps que l'actif social (1), quand bien même ce fonds de réserve n'aurait reçu des statuts aucun emploi déterminé (2); sa destination est encore d'augmenter le capital, d'accroître l'actif même de la société; le droit de l'usufruitier se réduira donc à profiter, s'il y a lieu, du supplément de revenus fourni par les intérêts du fonds de réserve capitalisé, ou des sommes empruntées à ce fonds et distribuées, au cours de l'usufruit, sous forme de dividendes pour compenser, certaines années, l'insuffisance de bénéfices, mais sans pouvoir rien prétendre sur la partie du fonds de réserve distribuée après l'extinction de l'usufruit (3).

594. L'usufruitier n'exerce aucun droit sur les créances de la société, ni sur le matériel de l'établissement industriel, ni sur les marchandises en magasin; son droit se borne aux dividendes fixés d'après les bénéfices annuels; si même les bénéfices avaient été régulièrement employés à des travaux, l'usufruitier qui n'aurait pas reçu de dividendes n'aurait aucun droit sur les améliorations réalisées; il subit la loi de la société et doit supporter les dépenses ordonnées, avec l'espoir d'en recueillir peut-être l'année suivante les avantages, grâce à une activité plus grande dans la production et à un accroissement de bénéfices (4).

D. *Usufruit portant sur des meubles corporels qui se détériorent peu à peu par l'usage.*

595. Aux termes de l'art. 589 : « *Si l'usufruit comprend* » *des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent* » *peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meu-* » *blants, l'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage* » *auquel elles sont destinées, et n'est obligé de les rendre, à la* » *fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se trouvent, non* » *détériorées par son dol ou par sa faute* ».

(1) Cass., 5 fév. 1890, D., 90. 1. 300. — Paris, 17 juill. 1887, D., 88. 2. 243. — Bordeaux, 5 juill. 1870, S., 71. 2. 16, D., 71. 2. 174. — Bruxelles, 29 mai 1885, D., 85. 2. 276. — Laurent, VI, n. 402; Labbé, *Note*, sous Cass., 14 mars 1877, précité.

(2) Bordeaux, 5 juill. 1870, précité.

(3) Paris, 27 avril 1827, S. chr., D. *Rép.*, v° *Banque*, n. 109.

(4) Laurent, VI, n. 402.

La jouissance prolongée des meubles dont parle notre article leur enlève souvent toute valeur; il en est ainsi notamment du linge et des vêtements. Mais l'usufruitier ne sera pas responsable envers le nu propriétaire des détériorations ni même de la perte résultant d'une jouissance régulière, à moins que l'on n'ait eu l'intention de transformer en un quasi-usufruit le droit établi sur de pareilles choses. L'usufruitier répond donc seulement des détériorations causées par son dol, par sa faute, dans le cas où il aurait mésusé. Il sera rare que l'usage régulier de la chose puisse avoir pour résultat de l'anéantir. L'usufruitier agira toujours prudemment en conservant les débris de la chose, fussent-ils sans valeur, pour les représenter au nu propriétaire à la fin de l'usufruit; autrement, on pourrait l'accuser d'avoir vendu la chose, alors qu'elle était encore en bon état, et lui demander la restitution du prix.

L'usufruitier sera tenu d'établir la perte fortuite de la chose ou tout au moins la diminution de valeur depuis la constitution de l'usufruit; si, à la rigueur, on peut présumer que l'usufruitier a vendu les choses en bon état, la présomption n'a rien d'absolu et s'efface devant la preuve contraire.

596. Les objets que le propriétaire avait immobilisés par incorporation ou par destination ne tombent pas sous l'application de l'art. 589; ils sont soumis aux principes qui régissent l'usufruit des immeubles; leur entretien incombe à l'usufruitier. On établit parfois un parallèle entre les meubles visés par l'art. 589 et certaines valeurs mobiles et variables, comme une quote-part dans la propriété d'un journal, pour accorder à l'usufruitier le droit de les conserver sans répondre de leur dépréciation éventuelle (1); ce résultat s'explique, sans recourir à l'art. 589; ce n'est pas l'usage qui altère la valeur de la chose, mais bien des fluctuations diverses et imprévues, véritables cas fortuits pour l'usufruitier; il suffit d'appliquer à ces valeurs les principes ordinaires ou plutôt les règles qui concernent l'usufruit des créances, actions et obligations.

(1) Paris, 14 mai 1853, S., 54. 2. 729, D., 55. 2. 68.

E. *Usufruit d'une rente viagère.*

597. A tort ou à raison, la loi considère les arrérages d'une rente viagère comme constituant exclusivement des fruits, et à ce titre elle les attribue pour le tout à l'usufruitier de la rente, alors même que cette rente, constituée sur la propre tête de l'usufruitier, prendrait fin à la même époque que l'usufruit; le code n'a pas voulu reproduire une exception proposée par Pothier dans l'ancien droit (1). « *L'usufruit* » *d'une rente viagère donne aussi à l'usufruitier, pendant la* » *durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages,* » *sans être tenu à aucune restitution* », dit l'art. 588.

La question de savoir quels sont les droits de l'usufruitier d'une rente viagère était très controversée dans notre ancien droit (2). La difficulté vient de ce que les arrérages d'une rente viagère comprennent, en réalité, un mélange de capital et d'intérêts. J'aliène un capital de 100.000 fr., moyennant une rente viagère de 10.000 fr.; les 10.000 fr. que je toucherai chaque année jusqu'à ma mort représentent non seulement les intérêts du capital que j'ai aliéné pour la constitution de la rente, mais encore une portion de ce capital lui-même que je perçois sous forme d'annuités. Aussi, la plupart de nos anciens auteurs pensaient-ils qu'il n'y avait pas lieu d'attribuer à l'usufruitier d'une rente viagère la totalité des arrérages sans restriction; mais ils n'étaient pas d'accord entre eux sur le point de savoir comment devaient être réglés les droits respectifs de l'usufruitier et du nu propriétaire.

La solution la plus satisfaisante, au point de vue rationnel, serait peut-être celle qui consisterait à laisser au nu propriétaire le droit de toucher les arrérages, sauf à payer à l'usufruitier l'intérêt annuel, au taux ordinaire, non des arrérages de la rente, mais bien du capital, moyennant lequel elle a été constituée, ou du capital qu'il aurait fallu aliéner, pour la créer, s'il s'agit d'une rente constituée à titre gratuit (3). Notre

(1) Aubry et Rau, II, § 230, p. 482; Demolombe, X, n. 327; Laurent, VI, n. 425. — Cpr. Pothier, *Du douaire*, n. 25, *Donation entre mari et femme*, n. 219.

(2) V. à ce sujet Marcadé, *Revue critique*, 1851, I, p. 444; Demolombe, X, n. 327.

(3) C'est à peu près le système que préconisait Renusson dans l'ancien droit.

législateur, on vient de le voir, a admis un autre système. Il regarde les arrérages d'une rente viagère comme constituant, exclusivement des fruits et les attribue à ce titre à l'usufruitier pour le tout. A ses yeux, la substance de la chose, le capital, c'est ici l'être juridique que l'on appelle la rente; les arrérages n'en sont que le produit. C'est cette rente seulement que l'usufruitier devra restituer, si elle existe encore lors de la cessation de l'usufruit.

598. La décision, que donne l'art. 588 relativement à l'usufruit d'une rente viagère, doit être appliquée par voie d'analogie à l'usufruit d'un usufruit; car l'usufruit et la rente viagère sont deux droits de même nature. L'usufruitier d'un usufruit aura donc droit à tous les produits de l'usufruit (arg. art. 1568).

599. Une règle analogue s'applique à l'usufruit qui a pour objet le droit d'exploiter un bail à ferme; c'est aussi le droit au bail, qui forme la substance de l'usufruit concédé ; mais, lorsque l'usufruitier exploite le bail, il recueille les fruits en sa qualité de fermier, et non en qualité d'usufruitier (1).

600. L'art. 588 cesse de s'appliquer dans le cas où un capital aurait été stipulé payable par annuités ou redevances successives et échelonnées, pendant un temps déterminé; le débiteur, en réalité, verse à chaque échéance convenue une partie du capital; l'usufruitier, par suite, n'a droit qu'aux intérêts ; s'il a perçu les redevances, les fractions diverses de la somme due, il devra les restituer à la fin de l'usufruit (2).

601. Le cas d'un usufruit portant sur une rente viagère ou sur un usufruit se présente fréquemment dans la pratique par suite de l'adoption de certains régimes matrimoniaux (communauté, non communauté, régime dotal) et par suite de l'application de l'art. 384.

602. La loi ne parle nulle part de l'usufruit d'une rente perpétuelle; mais ce cas ne peut soulever aucune difficulté. L'usufruitier d'une rente perpétuelle a le droit d'en toucher les arrérages; il peut même recevoir le remboursement de

(1) V. *supra*, n. 580.
(2) Rouen, 19 juillet 1839, S., 39. 2. 120.

la rente, quand il est offert par le débi-rentier dans les conditions où la loi permet de l'imposer au crédi-rentier (arg. art. 39 de la loi du 3 mai 1841) (1).

F. *Usufruit portant sur des bois.*

603. Nous n'avons pas à nous préoccuper du cas, assez rare d'ailleurs, où les bois soumis au droit d'usufruit seraient affermés; car alors le prix de ferme serait acquis à l'usufruitier jour par jour, conformément à l'art. 586.

La loi distingue si l'usufruit porte sur des bois taillis ou s'il porte sur des bois de haute futaie.

Il n'existe plus de définitions légales qui permettent de distinguer le taillis de la futaie ou de la haute futaie; il paraît difficile, du reste, d'établir une règle uniforme; tout dépend des diverses essences de bois, de leur croissance plus ou moins rapide.

Les bois taillis, *silva cædua*, sont ceux qui poussent par cépées et qui sont destinés à être coupés, *taillés* périodiquement, tous les dix ans, tous les quinze ans, suivant les essences et suivant les usages locaux. Les arbres de haute futaie sont ceux qu'on laisse arriver à un âge très avancé et qui, une fois coupés, ne repoussent plus. On voit par cette définition que la coupe des bois taillis constitue un produit périodique, par conséquent un fruit (2). Ce caractère ne se retrouve plus dans les arbres de haute futaie que la loi considère comme un *capital* mis en réserve pour l'avenir. Aussi allons-nous voir que l'usufruitier a droit à la coupe des bois taillis, tandis qu'en principe, il ne peut pas toucher aux arbres de haute futaie.

604. Ainsi la loi n'attribue pas le caractère de « fruits » à tous les arbres; elle n'établit pas une assimilation complète entre eux et les récoltes; leur destination, en effet, est loin d'être toujours la même. Les récoltes doivent nécessairement être séparées du sol, ou bien elles s'en détachent d'elles-mêmes, naturellement, à l'époque de la maturité, à une échéance connue et dans un espace de temps assez court; les

(1) V. *supra*, n. 585.
(2) V. *supra*, n. 487.

arbres, au contraire, peuvent croître et grandir pendant de longues années, sans que cesse leur incorporation avec le sol ; leur caractère immobilier est donc plus accentué ; ils se rapprochent davantage des fonds de terre ou des maisons ; on en peut jouir sans altérer leur substance ; ils sont eux-mêmes productifs de fruits sans disparaître pour cela. Toutefois, comme, à un moment donné, les arbres doivent être arrachés, comme on ne les maintient en terre, sauf les arbres fruitiers, que pour en tirer plus tard un meilleur profit en les coupant, on ne saurait non plus les assimiler tout à fait à un fonds de terre ou à une maison ; la maison, par exemple, n'a pas été édifiée dans le but d'être un jour démolie ; les arbres ont ainsi une nature juridique intermédiaire qui les rapproche des récoltes ou des autres immeubles, suivant la destination qu'on a pu leur donner : c'est là le *criterium* fondamental en cette matière, celui qui permet de mesurer les droits de l'usufruitier et ceux du nu propriétaire.

1° *Usufruit portant sur des bois taillis.*

605. « *Si l'usufruit comprend des bois taillis, l'usufruitier* » *est tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes, confor-* » *mément à l'aménagement ou à l'usage constant des proprié-* » *taires ; sans indemnité toutefois en faveur de l'usufruitier* » *ou de ses héritiers pour les coupes ordinaires, soit de taillis,* » *soit de baliveaux, soit de futaie, qu'il n'aurait pas faites* » *pendant sa jouissance* » (art. 590 al. 1).

L'usufruitier a le droit d'exploiter les bois taillis, qu'ils soient ou non aménagés lors de l'ouverture de l'usufruit.

Les taillis, à raison de leur nature même, sont coupés à des époques périodiques ; leur destination normale leur assure ainsi le caractère de fruits ; l'aménagement a pour but de régler seulement le meilleur mode de perception ; c'est pourquoi il n'y a pas là une condition indispensable à l'exercice du droit de jouissance de l'usufruitier.

Un bois taillis est aménagé lorsqu'il est soumis à une exploitation méthodique et régulière. Ainsi le propriétaire d'un taillis de dix hectares l'a divisé en dix cantons d'un hectare chacun ; tous les ans il coupe un hectare. Le taillis est dit

aménagé parce que, à chaque coupe, le propriétaire réserve, *ménage* une partie du taillis pour les années suivantes. Eh bien; l'usufruitier d'un bois taillis aménagé devra se conformer à l'aménagement qu'il trouve établi, car il doit modeler sa jouissance sur celle du propriétaire; il devra, comme le dit notre article, observer l'*ordre* et la *quotité* des coupes : l'*ordre*, c'est-à-dire la série, la *quotité*, c'est-à-dire le nombre et l'étendue.

606. Le plus souvent l'aménagement auquel le taillis était soumis au moment de l'entrée en jouissance de l'usufruitier sera conforme à celui qu'avaient établi les propriétaires antérieurs : c'est ce que suppose notre article qui statue *de eo quod plerumque fit*. Au cas contraire, l'usufruitier doit prendre pour règle l'aménagement adopté par le propriétaire actuel, car telle était la loi du fonds au moment de son entrée en jouissance et il est tenu de la respecter (1), à moins cependant que ce propriétaire n'ait joui d'une manière abusive, auquel cas l'usufruitier n'aurait pas le droit de l'imiter, puisqu'il doit jouir en bon père de famille. D'ailleurs c'est à peine si on peut dire alors que le dernier propriétaire avait établi un aménagement, car un aménagement ne peut être que le résultat d'une jouissance régulière. Une jouissance abusive viole un aménagement antérieur, mais elle n'en fonde pas un nouveau. Il y aurait lieu, dans cette hypothèse, d'observer les règles qui gouvernent le cas où il n'existe pas d'aménagement établi lors de l'ouverture de l'usufruit, ce qui arrive notamment lorsque le bois est jeune : l'usufruitier devra se conformer, pour l'exploitation, à l'usage constant des propriétaires du bien grevé d'usufruit, s'ils ont d'autres bois taillis, et, à défaut, aux usages des autres propriétaires de la contrée, en dernier lieu à l'aménagement des bois de l'Etat (2).

(1) Aubry et Rau, II, § 230, p. 483; Demolombe, X, n. 394. — *Contra* Hennequin, II, p. 284, qui interprète littéralement l'art. 590 et argumente du mot « propriétaires » écrit au pluriel dans le texte.

(2) L'art. 590 ne fait pas allusion seulement aux anciens propriétaires; entre ce texte et l'art. 591 une différence existe, très rationnelle : avec l'art. 590, on cherche à fixer le mode de jouissance et non la destination des taillis; avec l'art. 591, au contraire, il faut s'assurer d'abord de la destination assignée à la futaie, avant de savoir si l'usufruitier a un droit de jouissance sur les arbres.

607. Lorsqu'on coupe un bois taillis, on réserve ordinairement un certain nombre d'arbres qui paraissent de belle venue pour les laisser croître. Ces arbres portent le nom de *baliveaux;* après la deuxième coupe, ils prennent le nom de *modernes;* après la troisième, on les appelle *anciens,* ou encore *jeunes futaies;* après la quatrième, *hautes futaies.*

L'usufruitier, étant tenu de modeler sa jouissance, sur celle des propriétaires, devra se conformer à leurs usages pour la réserve des *baliveaux,* laisser par exemple, lors de chaque coupe, cent baliveaux par hectare, si tel est l'usage établi par les propriétaires. En revanche, l'usufruitier a le droit de suivre l'usage des propriétaires pour la coupe des baliveaux ou des futaies : par exemple, les propriétaires étaient dans l'usage d'abattre à chaque coupe dix arbres de haute futaie par hectare; l'usufruitier aura le droit d'agir de même; c'est pourquoi aussi l'usufruitier n'est pas tenu de respecter les baliveaux nuisibles au développement de jeunes pousses et inutiles à la production de la futaie (1); les propriétaires les auraient très certainement coupés; c'est un acte conforme à la destination normale et à l'exploitation régulière des taillis; enfin, pour le même motif encore, l'usufruitier a le droit de prendre, pour tous usages, dans les taillis, à la différence des futaies non aménagées, les *chablis* (2), les arbres morts ou coupés en délits, quel que soit l'âge de la coupe où il les a trouvés (3). Lorsqu'à l'ouverture de l'usufruit il n'y avait pas de réserve en baliveaux, est-il nécessaire d'en constituer une ? L'usufruitier ne sera pas contraint de réserver des baliveaux pour la formation d'une haute futaie, car il n'est pas tenu d'améliorer, mais il devra en laisser un nombre suffisant pour les semis et le repeuplement du bois, car il est obligé de conserver (4).

608. C'est par la perception que l'usufruitier devient propriétaire des produits d'un bois taillis (5). Si donc il a négligé

(1) Douai, 24 août 1839, D. *Rép.*, v° *Usufruit*, n. 298.
(2) V. *infra*, n. 617, sur le sens de ce mot.
(3) Aubry et Rau, II, § 230, p. 484.
(4) Laurent, VI, n. 433.
(5) V. *supra*, n. 495.

de faire une coupe à l'époque fixée, tout le bois qui se trouve sur pied au moment de la cessation de l'usufruit appartient au nu propriétaire, sans aucune indemnité (art. 590). Cette disposition détournera l'usufruitier de l'idée de retarder les coupes pour les avoir plus belles.

Il suffit de se reporter à la règle de l'art. 585 ; on sait déjà que la vente par l'usufruitier d'une coupe arrivée à terme est opposable au nu propriétaire, sauf à laisser à ce dernier tout le prix, si l'acheteur n'a pas commencé la coupe (1), ou une partie du prix si l'acquéreur n'a pas terminé l'exploitation de la coupe, lors de l'extinction de l'usufruit (2). Pour compléter l'art. 591, il faut ajouter que le nu propriétaire n'aurait droit à aucune indemnité pour les coupes qu'il aurait négligé de faire avant l'ouverture de l'usufruit (Cpr. cependant art. 1403 C. civ.).

609. En sens inverse, il peut arriver que l'usufruitier ait devancé l'époque fixée pour une coupe. Il devra de ce chef être condamné à des dommages et intérêts envers le propriétaire, *s'il y a lieu*.

Nous disons *s'il y a lieu*, c'est-à-dire si l'anticipation cause un préjudice au propriétaire, ce qui n'arrivera pas toujours. Ainsi l'usufruitier a coupé à dix ans un bois taillis, qui ne devait être coupé qu'à quinze ; l'usufruit a pris fin six ans après la coupe. Aucune indemnité ne sera due au propriétaire, car il n'éprouve aucun préjudice. En effet, si l'usufruitier avait fait la coupe à l'époque fixée, le propriétaire trouverait à la fin de l'usufruit un taillis âgé d'un an, tandis qu'il en trouve un âgé de six ans ; l'usufruitier n'a donc fait tort qu'à lui-même. Si, au contraire, dans l'espèce proposée, l'usufruit a pris fin trois ans après la coupe, une indemnité sera due au propriétaire. En effet, il se trouve que l'usufruitier a fait une coupe à laquelle il n'avait aucun droit, puisque l'usufruit a

(1) Orléans, 10 août 1815, S. chr.

(2) Cass., 9 août 1881, S., 82. 1. 369, et la *Note* de M. Labbé, D., 82. 1. 365; si l'acquéreur avait, sans motif, par négligence, retardé la coupe ou prolongé l'exploitation au delà du temps normal, ou de la limite fixée par la convention, l'usufruitier ou ses ayant cause auraient contre lui une action en dommages-intérêts pour réclamer la valeur des arbres qui auraient dû être abattus avant l'extinction de l'usufruit.

pris fin avant l'époque où la coupe aurait dû normalement être faite. Par suite de cette anticipation, le propriétaire, qui aurait dû, à la fin de l'usufruit, trouver un taillis âgé de treize ans, en trouve un âgé de trois ans seulement. Il éprouve donc un préjudice, et comme il lui est causé par la faute de l'usufruitier, celui-ci est tenu d'en fournir la réparation. L'indemnité due au propriétaire se calculera d'après l'étendue du préjudice qu'il souffre, c'est-à-dire qu'elle sera égale à la valeur qu'aurait eue le bois, si l'usufruitier n'avait pas fait la coupe, déduction faite de la valeur de la nouvelle recrue suivant son âge (1).

610. Dans l'appréciation du dommage causé par une coupe anticipée, faut-il, pour réduire l'indemnité, tenir compte des coupes que l'usufruitier aurait laissées sur pied, et, suivant l'expression consacrée, établir une sorte de compensation entre les coupes que l'usufruitier n'a pas faites malgré leur échéance et celles qu'il a effectuées avant terme? De compensation véritable, il n'en saurait être question : l'usufruitier, en effet, est bien débiteur d'une indemnité, à raison de la coupe anticipée, mais aux termes mêmes de l'art. 591, il n'est pas créancier de la valeur des coupes laissées sur pied; toutefois, suivant les circonstances de fait, les tribunaux pourront admettre qu'il y a eu, non pas une coupe en retard et une coupe anticipée, mais plutôt un changement introduit par l'usufruitier dans le mode d'exploitation, une transformation de l'aménagement; apprécier, dans leur ensemble, les résultats de cette modification, et chiffrer le dommage occasionné par la coupe anticipée, en tenant compte des parties non exploitées du taillis.

Ainsi, dans une espèce où l'usufruitier d'un bois taillis avait, pour certaines coupes, dépassé le nombre des arbres qu'il avait le droit d'abattre, et n'avait pas, en d'autres, atteint ce nombre, on a établi une compensation entre toutes ces coupes; on a apprécié l'exploitation toute entière, *in globo*, du taillis (2).

(1) V. *infra*, n. 619, sur les réserves qu'il convient d'ajouter à cette règle.

(2) Cass., 23 juin 1868, S., 69. 1. 32, D., 69. 1. 36; Laurent, VI, n. 439; Duranton, IV, n. 548. — *Contra* Demolombe, X, n. 402.

611. Ce que la loi dit des bois taillis devrait être appliqué, par voie d'analogie aux roseaux, aux saules et aux oseraies susceptibles d'aménagement.

Aux termes de l'art. 590 al. 2 : « *Les arbres qu'on peut » tirer d'une pépinière sans la dégrader, ne font aussi partie » de l'usufruit qu'à la charge par l'usufruitier de se confor- » mer aux usages des lieux pour le remplacement* ».

= *Aux usages des lieux*. Ou plutôt peut-être des propriétaires, en tous cas aux usages et aux règles d'une bonne culture. L'usufruitier jouit ainsi de la pépinière suivant la destination normale de cette sorte de plantation que l'on exploite par la vente des jeunes plants et leur remplacement dans le sol à l'aide de semis ou de boutures.

2° Usufruit portant sur des bois de haute futaie.

612. La loi défend à l'usufruitier de toucher aux arbres de haute futaie (art. 592), parce qu'elle les considère comme destinés à l'ornement du fonds, ou comme constituant un capital mis en réserve pour l'avenir.

Cette règle souffre exception, lorsque la haute futaie était en coupe réglée lors de l'ouverture de l'usufruit (1). Le produit des coupes devient alors un fruit à cause de sa périodicité ; l'usufruitier pourra donc en faire son profit, en observant l'aménagement établi par les anciens propriétaires.

Puisqu'il y a un aménagement, l'usufruitier doit régler sa jouissance de façon à conserver la futaie, à la restituer dans l'état où on l'aurait probablement trouvée si l'usufruit n'avait pas été constitué ; en d'autres termes, l'usufruitier doit respecter la valeur de la futaie, la maintenir et la rendre égale, sauf les hasards inhérents à la jouissance de ce droit qui peut s'éteindre au moment où une coupe vient d'être faite. L'usufruitier aura donc soin, en abattant les arbres de haute futaie, de laisser des anciens et des modernes pour les remplacer et des baliveaux dans les taillis ; la cour de cassation a résumé ces principes en une formule exacte, sous la réserve

(1) Cette condition d'aménagement à l'ouverture de l'usufruit est toujours nécessaire, quand bien même les futaies seraient éparses dans les taillis. Cass., 16 déc. 1874, S., 75. 1. 265, D., 74. 1. 432.

déjà indiquée du caractère aléatoire de l'usufruit : la valeur des futaies existantes au moment de l'ouverture de l'usufruit forme un capital qui doit être conservé, de telle sorte que l'usufruitier a droit seulement aux augmentations que reçoit cette valeur par l'effet de la croissance continuelle des réserves (1).

C'est ce qui résulte de l'art. 591 ainsi conçu : « *L'usufruitier profite encore, toujours en se conformant aux époques et à l'usage des anciens propriétaires, des parties de bois de haute futaie qui ont été mises en coupes réglées, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine* ».

613. On voit qu'une haute futaie est mise en coupe réglée lorsquelle a été soumise par les anciens propriétaires à une exploitation régulière et périodique.

L'aménagement a nécessairement pour auteurs les anciens propriétaires ; leur volonté seule décide si la haute futaie formera une source régulière de revenus ou constituera un capital à percevoir lors de la coupe de la forêt ; leur volonté seule décide si la coupe sera un acte d'administration et de jouissance ou un acte de disposition.

Mais comment interpréter cette volonté, à quel signe reconnaître l'acte d'administration et l'acte de disposition, dans quel cas les arbres seront-ils abattus pour fournir des revenus ou procurer un capital? A défaut d'un critérium très sûr, d'une règle absolue, difficile à formuler, on doit s'attacher surtout à la régularité et à la périodicité des coupes effectuées par les anciens propriétaires.

Des coupes faites sans ordre et sans méthode, pour satisfaire des fantaisies ou des besoins extraordinaires, ne constitueraient pas un aménagement.

En sens inverse, la futaie serait mise en coupe réglée, si, chaque année, le propriétaire avait l'habitude d'abattre un nombre d'arbres déterminé, pour se procurer un revenu

(1) Cass., 8 janv. 1845, D., 45. 1. 113.

sensiblement égal. Il ne faut pas exagérer toutefois la condition d'uniformité dans les coupes : le caractère fondamental de l'aménagement réside dans la périodicité ; une différence en plus ou en moins dans l'importance des coupes, dans le nombre d'arbres abattus, ne fournira pas une objection sérieuse contre l'aménagement, si les coupes ont eu lieu à des échéances régulières, à des époques périodiques et avec le souci de ménager l'existence de la futaie. En définitive, c'est là une question de fait soumise à l'appréciation des tribunaux ; aussi ne faut-il pas s'étonner de trouver dans la jurisprudence des décisions en apparence contradictoires, mais, en réalité, rendues en des circonstances de fait différentes (1).

614. En principe, l'usufruitier ne peut, en l'absence d'un aménagement, couper aucun arbre de haute futaie : « *Dans* » *tous les autres cas, l'usufruitier ne peut toucher aux arbres* » *de haute futaie : il peut seulement employer, pour faire les* » *réparations dont il est tenu, les arbres arrachés ou brisés par* » *accident : il peut même, pour cet objet, en faire abattre,* » *s'il est nécessaire, mais à la charge d'en faire constater la* » *nécessité avec le propriétaire* » (art. 592).

= *Aux arbres de haute futaie.* La rédaction primitive portait : « Aux *bois* de haute futaie ». Le mot *arbres* a été, sur la demande du tribunat, substitué au mot *bois*, afin que la disposition devînt applicable aux arbres épars qui servent d'ornement ou d'avenue.

615. Faut-il étendre les art. 591 et 592 à certaines catégories d'arbres, par exemple aux sapinières, aux peupliers, aux arbres épars plantés parfois le long des champs ? Dans quelques contrées, des terrains sont exclusivement affectés à nourrir des sapins ou des peupliers ; le sol, pendant une trentaine d'années ne donne aucun revenu ; puis, quand les arbres ont atteint une grosseur voulue, on les coupe, on les vend et on se procure d'un seul coup une somme assez élevée. Doit-on considérer cette somme comme l'accumulation

(1) Aubry et Rau, II, § 230, p. 484, note 27 ; Demolombe, X, n. 409 ; Laurent, VI, n. 434. — Cpr. en sens divers, Cass., 14 mars 1838, S., 38. 1. 741, D., 38. 1. 140. — Agen, 14 juillet 1836, S., 36. 2. 570. — Orléans, 14 juillet 1849, S., 49. 2. 591. — Riom, 19 juillet 1862, S., 63. 2. 29, D., 62. 2. 123.

du revenu des terres pendant la croissance des arbres ? Ce serait, sans doute, la solution la plus logique : le prix des arbres abattus serait partagé entre le nu propriétaire et l'usufruitier conformément au principe de l'art. 586. Mais cette solution n'est pas celle du code. On ne saurait non plus considérer les arbres dont il s'agit, sapins ou peupliers, comme des fruits dont la maturité serait, en quelque sorte, retardée pendant trente ans, comme des récoltes demeurées longtemps en terre, ni les attribuer à celui qui les recueille, à celui qui a le droit de jouissance au moment où arrive l'époque normale de la coupe (1). On est donc contraint de les assimiler à des arbres de haute futaie, de les considérer comme un capital mis en réserve, accru chaque année, jusqu'au jour de la coupe, et de refuser en principe à l'usufruitier tout droit sur ces arbres (2). L'usufruitier cependant pourrait y prétendre, si un aménagement avait été organisé : ainsi un propriétaire a l'habitude de couper, chaque année, quelques-uns de ces arbres et d'en planter d'autres tout jeunes, de façon à se constituer un revenu annuel à peu près régulier ; n'est-ce pas là une exploitation méthodique, productive de revenus, une exploitation que l'usufruitier peut et doit continuer ? La jurisprudence admet bien cette restriction, mais, en fait, sous des conditions assez rigoureuses (3). Les mêmes règles s'appliquent aux arbres épars dans les champs ; l'usufruitier réduit à un droit d'élagage et d'émondage ne peut les abattre, à moins que les anciens propriétaires n'aient organisé un aménagement en coupant à des époques fixes et régulières quelques-uns de ces arbres pour les remplacer par d'autres (4).

616. *Pour faire les réparations dont il était tenu.* — Donc l'usufruitier n'aurait pas ce droit en ce qui concerne les

(1) C'est l'opinion défendue par Laurent, VI, p. 437.

(2) Dijon, 22 déc. 1842, D. *Rép.*, v° *Usufruit*, n. 399. — Angers, 28 nov. 1878, S., 80. 2. 263, D., 80. 2. 80. — Bruxelles, 30 juillet 1861, *Pas.*, 61. 2. 326.

(3) V. les arrêts cités à la note précédente.

(4) Gand, 17 avril 1857, *Pasicr.*, 57. 2. 351. — Nous verrons plus tard, *infra*, n. 623 s., s'il y a lieu d'appliquer l'art. 594 à ceux de ces arbres qui mourraient ou seraient détruits par accident.

grosses réparations qu'il voudrait faire : car il n'en est pas tenu (art. 605), et, s'il les fait, c'est volontairement et à ses frais [1].

La décision de l'art. 592, sur ce point, se justifie assez bien : c'est un usage constant chez les propriétaires de prendre sur leurs propriétés les bois dont ils ont besoin pour les réparations des immeubles bâtis; l'usufruitier se conforme à cette destination courante, habituelle, régulière. En principe, il pourra prendre les bois aussi bien dans les baliveaux sur taillis ou dans les modernes, que dans les anciens ou dans les arbres de haute futaie [2]; il devra, en tout cas, prévenir le propriétaire et le mettre à même de constater la nécessité des réparations et de contrôler l'abatage des arbres.

617. *Les arbres arrachés ou brisés par accident.* — On les appelle des *chablis*. L'usufruitier n'y a droit que pour les réparations dont il est tenu; il ne pourrait pas les employer pour son chauffage; à plus forte raison ne pourrait-il, pour se chauffer, couper des arbres sur pied, ainsi que l'enseignaient certains auteurs dans l'ancien droit [3], à moins que les anciens propriétaires n'aient eu l'habitude d'exploiter la forêt pour cet usage et n'aient aménagé des coupes pour leur chauffage [4]. De même, dans certaines circonstances, les chablis pourraient être envisagés comme des revenus annuels et appartenir comme tels à l'usufruitier [5].

618. On voit que les droits de l'usufruitier d'une haute futaie non aménagée se réduisent à fort peu de chose : droit de chasse, droit de parcours, droit de recueillir les fruits produits par les arbres, par exemple, les pommes sauvages et les glands. Les charges dépasseront peut-être le profit; car il faut payer les impôts comme prix de cette maigre jouissance (art. 608). Souvent l'usufruitier sera tenté de renoncer à son usufruit pour s'exonérer de cette charge. Le peut-il? Sans

[1] Toulouse, 23 mai 1881, S., 81. 2. 141, D., 82. 2. 178.

[2] Il devrait, cependant, couper de préférence les baliveaux ou les modernes, si cela était moins nuisible à l'exploitation de la forêt.

[3] Aubry et Rau, II. § 230, p. 485, note 28; Demolombe, X, n. 413. — Cpr. Pothier, *Du douaire*, n. 197; I. 12, Dig., *De usuf.*, 1, 7.

[4] Demolombe, X, n. 415 *ter*.

[5] Cass., 21 août 1871, S., 71. 1. 114, D., 71. 1. 213.

nul doute. Mais à la condition de renoncer à son droit tout entier. Si l'usufruit porte sur un domaine comprenant une haute futaie, l'usufruitier ne pourra pas renoncer à son droit sur la haute futaie et le conserver sur le reste du domaine, abandonnant ainsi le mauvais et gardant le bon. A ce point de vue, son droit présente une sorte d'indivisibilité ; il ne peut par le scinder au préjudice du propriétaire.

619. L'usufruitier qui aurait, sans droit, coupé des bois de haute futaie, devrait de ce chef une indemnité. Le propriétaire ne serait pas obligé, comme on l'a prétendu, d'attendre l'extinction de l'usufruit pour en obtenir le paiement ; il a le droit de l'exiger tout de suite (1). La solution contraire aurait pour résultat de permettre à l'usufruitier de jouir indirectement de la haute futaie, puisqu'il profiterait pendant toute la durée de l'usufruit du prix qu'il a retiré des arbres coupés. D'ailleurs le propriétaire perdant en pareil cas l'augmentation de valeur que les arbres auraient acquise s'ils étaient restés sur pied jusqu'à la fin de l'usufruit, l'équité exige qu'à titre de compensation il touche immédiatement l'indemnité qui lui est due. Le cas est bien différent de celui où l'usufruitier a coupé un taillis avant l'époque fixée. Il se peut que cette anticipation ne cause aucun préjudice au propriétaire ; si par l'événement elle se trouve lui en causer un, il est impossible d'en apprécier dès à présent l'importance (2) ; on conçoit donc que, dans ce cas, la demande formée par le propriétaire en paiement immédiat d'une indemnité doive être repoussée (3). Tandis que la coupe, indûment faite, d'arbres de haute futaie, cause au propriétaire un préjudice certain et dont il est facile de déterminer dès à présent l'éten-

(1) Bourges, 15 juillet 1873, sous Cass., 16 décembre 1874, S., 75. 1. 265, D., 76. 1. 431. — Demolombe, X, n. 410 *bis* ; Laurent, VI, n. 440 ; Proudhon, *De l'usufruit*, IV, n. 2094.

(2) V. *supra*, n. 609.

(3) Cependant si l'usufruit était à terme et devait nécessairement s'éteindre avant l'époque normale de la coupe du taillis, le nu propriétaire pourrait réclamer immédiatement l'indemnité, ou revendiquer les arbres coupés qui seraient encore en la possession de l'usufruitier ; dans tous les cas, il pourrait exiger de ce dernier certaines garanties, certaines sûretés pour le paiement éventuel de l'indemnité, lors de la cessation de l'usufruit, à raison de la coupe anticipée du taillis.

due ; de quel droit l'usufruitier demanderait-il donc un délai pour fournir la réparation de ce préjudice (1) ?

Il faut même aller plus loin. Le nu propriétaire pourrait réclamer les arbres abattus par l'usufruitier s'ils existaient encore en nature ; car celui-ci les a coupés sans droit et n'a pu en devenir propriétaire ; le tout sans préjudice des dommages et intérêts. Toutefois, l'action en revendication du propriétaire ne serait plus recevable, si l'usufruitier avait disposé des arbres au profit d'un tiers de bonne foi qui en aurait pris possession (arg. art. 2279).

620. Si l'usufruitier ne peut pas toucher aux arbres de haute futaie, le propriétaire, de son côté, n'a pas le droit de les abattre ; car il priverait ainsi l'usufruitier de son droit de jouissance sur la haute futaie. On admet, toutefois, une exception à ce principe pour les arbres qui se couronnent, signe qui annonce leur fin prochaine (2), et lorsque le nu propriétaire veut effectuer de grosses réparations (arg. *à fortiori* de l'art. 592) ; mais il n'aurait pas le droit, sans l'assentiment de l'usufruitier, de couper des arbres épars, sous prétexte qu'ils nuisent aux récoltes (3).

Lorsque le nu propriétaire, dans les limites indiquées, est autorisé à couper des arbres, il ne doit à l'usufruitier aucune indemnité, et il n'est pas tenu de lui payer l'intérêt de leur valeur.

3° *Disposition commune aux bois taillis et aux bois de haute futaie.*

621. « *Il* [l'usufruitier] *peut prendre dans les bois, des échas* » *las pour les vignes ; il peut aussi prendre, sur les arbres, des* » *produits annuels ou périodiques ; le tout suivant l'usage du* » *pays ou la coutume du propriétaire* » (art. 593).

= *Pour les vignes.* Il s'agit, à n'en pas douter, des vignes faisant partie du domaine grevé d'usufruit et non des vignes

(1) Qu'il s'agisse d'un taillis ou d'une futaie, le nu propriétaire est en droit d'empêcher l'usufruitier de commencer ou de continuer l'exploitation d'une coupe anticipée.

(2) Toulouse, 31 juill. 1858, S., 59. 2. 689, D., 61. 5. 518. — Angers, 8 mars 1866, S., 67. 2. 21.

(3) Demolombe, X, n. 420. — *Contra* Duranton, IV, n. 560, note 1.

appartenant en propre à l'usufruitier. On admet généralement par analogie que l'usufruitier aurait le droit de prendre dans les bois des perches à houblon, et des tuteurs pour les arbres ou les houblonnières et même le bois nécessaire pour la réparation des instruments aratoires; c'est encore là un usage constant et l'usufruitier ne fait que suivre les habitudes de tous les propriétaires dans l'exploitation de leurs bois ou de leurs futaies.

= *Des produits annuels ou périodiques :* tels que pommes et cerises sauvages, olives, feuilles des mûriers, écorce des chênes-lièges, produits de l'élagage, de l'émondage et de la tonte des arbres. Cette disposition n'était guère utile, et en tout cas elle n'est pas à sa place dans notre article.

622. Enfin, aux termes de l'art. 594: « *Les arbres fruitiers* » *qui meurent, ceux même qui sont arrachés ou brisés par* » *accident, appartiennent à l'usufruitier, à la charge de les* » *remplacer par d'autres* ». La raison en est que presque toute la valeur des arbres fruitiers consistant dans les fruits qu'ils produisent, on ne pouvait guère craindre que l'usufruitier fût tenté de les faire mourir ou de les arracher frauduleusement pour en profiter. Au contraire cette crainte n'eût peut-être pas été chimérique pour les arbres de haute futaie. De là les décisions différentes des art. 592 et 594.

623. Quelle est exactement la sphère d'application de l'art. 594? Quels sont les arbres qui, après leur mort naturelle ou fortuite, appartiendront à l'usufruitier? Que comprend au juste l'expression « arbres fruitiers »? Ces mots ne s'appliquent pas aux arbres qui croissent librement dans les forêts, quand bien même ils produiraient des fruits; d'autre part, l'art. 594 ne vise pas seulement les arbres fruitiers, au sens ordinaire de ce mot, ceux qui entrent dans la composition d'un verger, tels que poiriers, pommiers, pruniers, etc. L'art. 594 concerne également ceux que l'on a plantés pour recueillir un produit annuel utilisable, fleurs, feuilles ou fruits quelconques; ainsi le texte s'appliquera à des noyers, à des mûriers, à des tilleuls et même à des peupliers, à des chênes, à des hêtres nourris dans le sol en vue de l'émondage ou du gland. Ce qu'il faut encore considérer, c'est la destination de ces

arbres ; l'usufruitier la subit et l'utilise tout à la fois. Un propriétaire a planté sur son domaine des hêtres et emploie leurs feuilles à la nourriture ou à la litière des bestiaux ; l'usufruitier respectera cette destination et remplacera les arbres dépéris, mais il profitera du tronc (1).

624. La vigne, toutefois, n'est pas considérée comme un arbre ; pendant la culture du vignoble, l'usufruitier devra bien remplacer les souches manquantes, à l'aide du provinage, par exemple, mais si la vigne vient à dépérir tout entière par vétusté ou par suite des ravages du phylloxéra, l'usufruitier ne sera pas tenu de la remplacer ; il pourra l'arracher et convertir le sol en terre labourable (2).

625. L'usufruitier, qui s'empare des arbres fruitiers après leur dépérissement, doit les remplacer en principe avec des arbres de même espèce, et remplir cette obligation d'une manière utile et effective, ce qui n'aurait pas lieu si, faute de précautions suffisantes, les plantations n'avaient pas réussi ; au contraire, le nu propriétaire n'a rien à réclamer, quand bien même, à la fin de l'usufruit, les plantes nouvelles n'auraient pas atteint le développement des anciennes (3).

626. Si l'usufruit est constitué par testament, la volonté du testateur ou, s'il est établi par acte entre vifs, l'intention des parties contractantes, peuvent modifier les règles des art. 590 s., étendre, par exemple, les droits de l'usufruitier sur les arbres de haute futaie ; la jurisprudence admet ce principe, mais elle se montre assez rigoureuse dans l'interprétation des clauses extensives (4).

G. *De l'usufruit d'un fonds contenant une mine, une minière, une carrière ou une tourbière.*

627. « *Il* [l'usufruitier] *jouit aussi, de la même manière* » *que le propriétaire, des mines et carrières qui sont en exploi-*

(1) Aubry et Rau, II, § 230, p. 485 ; Demolombe, X, n. 424. — Cpr. Angers, 8 mars 1866, S., 67. 2. 21.

(2) Orléans, 6 janv. 1848, S., 48. 2. 281, D., 48. 2. 107.

(3) Demolombe, X, n. 423. — *Contra* Hennequin, II, p. 296.

(4) Paris, 12 déc. 1811, S. chr. — Orléans, 11 mai 1822, S. chr. — Caen, 3 janv. 1860, D., 61. 2. 15. — Orléans, 14 janv. 1849, S., 49. 2. 591. — Cpr. Cass., 1er avril 1835, S., 36. 1. 55, D., 35. 1. 212.

» *tation à l'ouverture de l'usufruit; et néanmoins, s'il s'agit* » *d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une conces-* » *sion, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir* » *obtenu la permission du Roi. — Il n'a aucun droit aux mines* » *et carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont* » *l'exploitation n'est point encore commencée, ni au trésor* » *qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit* » (art. 598).

L'usufruitier doit se conformer au mode de jouissance qu'il trouve établi lors de l'ouverture de l'usufruit. Ce principe général suffit à justifier les dispositions de l'art. 598, contraires à celles du droit romain (1), qui accordait toujours à l'usufruitier la jouissance des mines et carrières, contraires aussi à celles de l'ancien droit (2), reproduites dans le texte primitif du projet, qui refusait tout droit à l'usufruitier sur ces richesses. L'art. 598 a pris pour règle, à cet égard, la destination même que le propriétaire avait donnée à ces biens.

De là résultent deux conséquences :

628. 1° L'usufruitier n'a aucun droit au produit des mines, minières, carrières ou tourbières qui n'étaient pas encore en exploitation lors de l'ouverture de l'usufruit.

Toutefois, les mines constituant une richesse sociale, on conçoit que l'usufruit dont est grevé le fonds où elles gisent, ne doit pas être un obstacle à leur exploitation. La loi, dans l'intérêt public, autorise le gouvernement à concéder l'exploitation d'une mine malgré l'opposition du propriétaire, à plus forte raison malgré celle de l'usufruitier. Supposons qu'une mine soit concédée pendant la durée de l'usufruit. L'usufruitier, n'ayant aucun droit au produit de la mine, ne profitera pas de la redevance due par le concessionnaire; il n'aura pas même la jouissance de cette indemnité et n'en pourra percevoir les intérêts (3); il n'aurait droit qu'à une indemnité pour le préjudice que lui causerait l'ouverture de la mine et, comme mode de règlement de cette indemnité, les tribunaux

(1) L. 13, § 5, Dig., *De usufr.* — Cpr. pour les *marbres*, I, 18, Dig., *De fund. dot.*

(2) Pothier, *Du douaire*, n. 196.

(3) Demolombe, X, n. 437. — Proudhon, *De l'usufruit*, III, n. 1206; Duranton, IV, n. 572. — *Contra* Delvincourt, I, p. 148, note 8.

pourraient lui attribuer une partie déterminée de la redevance (1). Si c'est lui qui a obtenu la concession, il devra payer la redevance au propriétaire.

L'usufruitier ne pourrait, pendant la durée de l'usufruit, ouvrir une carrière, une tourbière, une minière, ni en conserver les produits. On lui accorde cependant le droit d'extraire du fonds soumis à l'usufruit les pierres nécessaires aux réparations d'entretien ou la marne utile à l'amendement des terres. Le motif général qui justifie la décision analogue de l'art. 592 pour les arbres de haute futaie explique la similitude de cette solution (2). Mais on ne doit admettre aucune autre exception. Certains auteurs ont soutenu, à tort, que l'usufruitier avait le droit de commencer l'exploitation d'une minière contenant des fers d'alluvion, puisque les maîtres de forge pouvaient être autorisés à entreprendre cette exploitation aux lieu et place du propriétaire (3); mais la faveur exceptionnelle accordée aux maîtres de forge dans l'intérêt de l'industrie ne saurait modifier les règles générales qui concernent la jouissance de l'usufruitier (4).

629. 2° L'usufruitier a le droit de jouir, comme le propriétaire lui-même, pendant la durée de l'usufruit, des mines, minières, carrières ou tourbières qui étaient en exploitation lors de l'ouverture de l'usufruit.

L'appréciation souveraine des juges du fond détermine le moment où se place l'ouverture de la mine. Des travaux de recherche dans le but de découvrir une mine ne constituent pas un commencement d'exploitation; même l'exploitation d'un tréfonds particulier compris dans le périmètre d'une concession de mine n'est réputée ouverte, dans le sens de l'art. 598 C. civ., qu'autant que ce tréfonds lui-même est attaqué et donne lieu aux redevances qui représentent ses produits, encore bien que le concessionnaire ait commencé l'exploitation de la mine sur un autre point du périmètre (5);

(1) Lyon, 24 mai 1853, S., 54. 2. 727, D., 55. 2. 347. — Laurent, VI, n. 452.

(2) Aubry et Rau, § 230, p. 487; Demolombe, X, n. 433.

(3) Art. 59 et 60 de la loi du 21 avril 1810. — Duranton, IV, n. 572; Delvincourt, I, p. 359.

(4) Aubry et Rau, II, § 230, p. 487; Demolombe, X, n. 458.

(5) Lyon, 7 déc. 1866, S., 67. 2. 6.

enfin une mine n'est pas réputée ouverte par cela seul que deux puits provisoires d'extraction ont été creusés dans les propriétés voisines (1). Il convient de considérer l'exploitation effective, quelle que soit la date de l'acte de concession; si l'exploitation est antérieure à la constitution de l'usufruit et l'acte de concession postérieur, la mine est réputée ouverte par rapport à l'usufruitier; il en serait autrement si la constitution de l'usufruit se plaçait entre l'acte de concession et l'exploitation postérieure (2). Les tribunaux apprécient encore, en fait, s'il y a ou non ouverture d'une carrière, d'une tourbière, etc. Des doutes s'élèvent parfois lorsqu'un propriétaire a concédé à un tiers le droit d'extraire des pierres ou du sable pendant un certain temps, pour un prix déterminé, payable par annuités; le plus souvent, cette convention aura plutôt le caractère d'une vente que d'un bail; par suite, on n'y verra pas l'intention d'ouvrir une carrière permanente, soumise à une exploitation régulière et l'usufruitier n'aura pas droit aux redevances périodiques (3).

Malgré une suspension momentanée, l'exploitation d'une carrière ouverte avant la constitution de l'usufruit sera continuée par l'usufruitier, si les circonstances n'ont pas démontré que le propriétaire avait voulu la fermeture définitive de la carrière (4).

630. En ce qui concerne les mines, le principe posé par l'art. 598 § 1 conduit aux applications suivantes :

a. Le propriétaire exploitait la mine par lui-même en vertu d'une concession. L'usufruitier continuera l'exploitation. Devra-t-il obtenir à cet effet une autorisation spéciale du chef de l'Etat? D'après la législation en vigueur à l'époque où l'art. 598 a été décrété (loi du 28 juillet 1791), les concessions de mines étaient personnelles. L'art. 598 ne fait que déduire une conséquence de ce principe en déclarant que, « s'il s'agit

(1) Lyon, 24 mai 1853, précité.

(2) Laurent, VI, n. 450.

(3) Laurent, VI, n. 378. L'usufruitier aura seulement la jouissance du prix de vente. — Liège, 21 mai 1859, *Pasicr.*, 60. 2. 72. — Bruxelles, 28 juill. 1868, *Pasicr.*, 69. 2. 165.

(4) Bordeaux, 10 mars 1865, S., 66. 2. 7.

» d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une conces-» sion, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir » obtenu la permission du Roi ». Mais cette disposition se trouve modifiée par la législation actuellement en vigueur sur les mines. En effet, d'après l'art. 7 de la loi du 21 avril 1810, l'acte de concession « donne la propriété perpétuelle » de la mine, laquelle est dès lors disponible et transmissible » comme tous les autres biens » L'usufruitier n'a donc plus besoin d'une autorisation spéciale pour continuer l'exploitation commencée par le propriétaire.

631. *b.* La mine était exploitée lors de l'ouverture de l'usufruit par un concessionnaire autre que le propriétaire. — L'usufruitier touchera, pendant la durée de l'usufruit, la redevance payée par le concessionnaire; cette redevance représente la jouissance de la mine.

632. Ici encore, l'intention des parties ou la volonté du testateur, capables de modifier les règles de l'art. 598, peuvent attribuer au nu propriétaire la redevance d'une mine ouverte avant l'usufruit ou permettre, en sens inverse, à l'usufruitier de percevoir la redevance des mines à concéder.

D'autre part, comme la concession d'une mine a pour effet de démembrer la propriété et de séparer le tréfonds de la superficie, il se peut que l'usufruit porte tantôt sur la superficie seule, tantôt sur le tréfonds exclusivement, tantôt enfin sur la mine et sur la superficie tout à la fois.

633. En ce qui concerne les carrières et tourbières, le propriétaire ne pourrait les ouvrir pendant la durée de l'usufruit qu'avec le consentement de l'usufruitier. La loi décide le contraire pour les mines, ainsi que nous venons de le voir; mais c'est une exception au droit commun et les exceptions ne s'étendent pas.

H. *Disposition relative au trésor.*

634. L'usufruitier « n'a aucun droit... au trésor qui pour-» rait être découvert pendant la durée de l'usufruit », dit l'art. 598 *in fine*.

= *Qui pourrait être découvert.* Ces termes indiquent qu'il

s'agit d'un trésor qui serait découvert par un autre que l'usufruitier. Si l'usufruitier avait lui-même trouvé un trésor, il aurait certainement droit à la moitié que la loi attribue à l'inventeur (art. 716). Notre disposition doit donc être étendue en ce sens que l'usufruitier n'a aucun droit *en cette qualité* au trésor qui serait découvert par un autre que lui dans le fonds grevé d'usufruit ; il ne peut réclamer ni la propriété ni même la jouissance de la moitié du trésor qui est attribuée au propriétaire *jure soli*. Mais il peut, comme tout autre, avoir droit à la moitié attribuée à l'inventeur.

Notre disposition prouve deux choses : 1° que le trésor n'est pas un fruit ; 2° qu'il ne doit pas être considéré comme faisant fictivement partie du fonds où il est découvert, même pour la portion attribuée au propriétaire *jure soli*.

635. On retrouvera plus tard (1) les dispositions spéciales qui régissent l'usufruit d'un troupeau.

SECTION IV

DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER

636. L'usufruitier doit, lors de la cessation de l'usufruit, restituer la chose au nu propriétaire dans l'état où il l'a reçue. C'est là son obligation principale ; les autres n'ont guère pour but que d'en assurer l'exécution.

Nous parlerons successivement des obligations dont l'usufruitier est tenu avant son entrée en jouissance, de celles qui lui sont imposées pendant la durée de sa jouissance et enfin de celles qui lui incombent au moment où l'usufruit prend fin.

§ I. *Des obligations de l'usufruitier avant son entrée en jouissance.*

637. L'usufruitier doit, avant d'entrer en jouissance : 1° faire dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit ; 2° fournir caution.

(1) V. *infra*, n. 723 s.

A. *De l'inventaire et de l'état.*

638. « *L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles* » *sont; mais il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir* » *fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment* » *appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles* » *sujets à l'usufruit* » (art. 600).

Le premier alinéa de ce texte formule un principe qui nous est déjà connu : le nu propriétaire n'est pas tenu, sauf convention contraire, de délivrer la chose en bon état à l'usufruitier; celui-ci doit la prendre dans l'état où elle est; ainsi il ne peut contraindre le nu propriétaire à faire les grosses réparations qui paraîtraient nécessaires à la conservation de la chose, lors de l'ouverture de l'usufruit (1).

Autre est la situation du locataire ou du fermier, qui a toujours le droit, sauf convention contraire, d'exiger que la chose lui soit délivrée en bon état de réparations. La raison de cette différence est que le locataire ou le fermier a un droit *personnel* de jouissance, qui lui permet d'exiger que le bailleur le fasse jouir, tandis que l'usufruitier n'a qu'un droit réel en vertu duquel le propriétaire est seulement tenu de le laisser jouir.

639. L'usufruitier devant, lors de la cessation de l'usufruit, restituer tout ce qu'il a reçu et dans l'état où il l'a reçu, il importe au nu propriétaire, qui a droit à cette restitution, qu'un titre régulier constate ce que l'usufruitier reçoit et dans quel état il le reçoit. Tel est le but de l'*inventaire* en ce qui concerne les meubles, et de l'*état* en ce qui concerne les immeubles.

L'inventaire, en conséquence, ne présente aucune utilité pour le nu propriétaire et n'est plus exigé si l'usufruit a pour objet exclusif des créances énumérées et spécifiées déjà dans l'acte constitutif, par exemple dans un testament (2).

640. L'inventaire doit être dressé en présence du nu propriétaire ou lui dûment appelé; une convocation régulière

(1) Douai, 2 déc. 1834, S., 35. 2. 29. — Aubry et Rau, II, § 233, p. 506; Demolombe, X, n. 464.

(2) Bordeaux, 2 mai 1876, S., 77. 2. 217.

par exploit d'huissier indiquant le jour et l'heure où l'inventaire sera dressé suffit pour que cet acte produise tous ses effets et soit opposable au nu propriétaire, comme si ce dernier avait été présent pour contrôler les indications; s'il y a d'autres personnes intéressées à la confection de l'inventaire, il faut également les prévenir.

641. La loi n'ayant pas déterminé les formes de l'inventaire et de l'état, rien ne s'opposerait à ce qu'il y fût procédé par acte sous seing privé, si les parties sont majeures et capables; dans le cas contraire, l'opinion générale exige un acte notarié (1).

L'inventaire et l'état peuvent être remplacés par des équivalents, tels qu'une déclaration faite d'un commun accord par le nu propriétaire et l'usufruitier pour l'enregistrement, ou un état des biens grevés d'usufruit servant de base à un partage testamentaire (2).

On présume exact et complet l'inventaire dressé en présence du nu propriétaire ou lui dûment appelé; la loi n'impose à l'usufruitier qu'un seul inventaire, lors de l'entrée en jouissance; si, plus tard, le nu propriétaire demandait le récolement et l'estimation des objets mobiliers grevés d'usufruit, il appartiendrait au juge du fait de décider souverainement s'il y a lieu de permettre cette mesure (3). Si l'inventaire contenait des omissions, le nu propriétaire pourrait demander un complément d'inventaire; mais il aura, dans tous les cas, la charge de prouver les omissions alléguées (4); si l'usufruitier, par ses artifices, ses manœuvres, avait lui-même provoqué les omissions, les tribunaux pourraient aller jusqu'à faire application de l'art. 618 en prononçant la déchéance de l'usufruitier.

(1) Aubry et Rau, II, § 229, p. 472; Demolombe, X, n. 465. — Laurent, VI, n. 493, critique, non sans raison, l'opinion ordinairement émise sur ce point; ces incapables, en effet, ont des représentants légaux, dont les pouvoirs d'administrateurs sont assez larges pour leur permettre de concourir à la confection d'un inventaire sous signature privée; la loi n'a nulle part imposé une forme solennelle pour la rédaction de cet acte. — V. art. 941 C. pr. civ.

(2) Cass., 31 mars 1858, S., 58. 1. 458, D., 58. 1. 194. — Poitiers, 24 avril 1850, D., 52. 2. 248.

(3) Cass., 22 mai 1883, S., 83. 1. 296.

(4) Rennes, 20 mars 1850, D., 52. 2. 160.

642. Les frais de l'inventaire et de l'état sont à la charge de l'usufruitier, soit parce que ces mesures sont une condition de son entrée en jouissance, soit parce qu'en principe les frais d'un acte sont à la charge de celui auquel la loi impose l'obligation de le faire dresser.

Cependant si l'usufruit avait été constitué par testament, l'héritier nu propriétaire acceptant sous bénéfice d'inventaire devrait contribuer aux frais de l'acte, dans une mesure variable suivant que l'usufruit porterait soit sur l'universalité ou une quote-part du mobilier (1), soit sur quelques meubles seulement (2).

Lorsque l'usufruitier paie seul les frais de l'inventaire, il a le droit de choisir le notaire appelé à dresser l'acte (3).

643. Il n'est pas nécessaire que l'inventaire contienne l'estimation des meubles sujets à l'usufruit. S'il la contient, on devra la considérer comme ayant été faite en vue de déterminer le montant de l'indemnité due au propriétaire pour les meubles, qui ne seraient pas représentés en nature lors de la cessation de l'usufruit, et non en vue de transférer à l'usufruitier la propriété des meubles estimés, par application de la règle *Æstimatio venditio est* (4) : à moins que les parties n'aient manifesté soit expressément, soit tacitement, une volonté contraire.

644. Le propriétaire peut s'opposer à ce que l'usufruitier *entre en jouissance* (art. 600), c'est-à-dire à ce qu'il prenne possession des meubles non inventoriés ou des immeubles dont il n'a pas été dressé d'état (5); mais le seul défaut d'inventaire ou d'état ne ferait pas perdre à l'usufruitier son droit aux fruits, ni à plus forte raison son droit d'usufruit lui-même, sauf dans l'hypothèse toute spéciale prévue par

(1) En pareil cas le règlement le plus simple consisterait à prélever les frais sur la succession. — Aubry et Rau, II, § 229, p. 472, note 2 ; Demolombe, X, n. 463.

(2) L'usufruitier alors supporterait une part restreinte des frais puisque l'inventaire qui lui incombait aurait été moins complet que celui de l'héritier bénéficiaire.

(3) Cass., 31 janv. 1870, S., 70. 1. 148, D., 70. 1. 291. — Bordeaux, 17 déc. 1879, S., 80. 2. 112.

(4) Il en serait ainsi surtout s'il s'agissait d'une donation relative à des objets mobiliers, puisque la loi exige pour la validité de l'acte un état estimatif, art. 948.

(5) Cass., 31 mars 1858, S., 58. 1. 458, D., 58. 1. 194.

l'art. 1442. On doit assimiler sur ce point le retard dans la confection de l'inventaire ou de l'état au retard de fournir caution. Voyez art. 604.

On a soutenu cependant que la nécessité de l'inventaire était d'ordre public et que l'usufruitier n'avait droit aux fruits qu'après la confection de cet acte [1]; mais comment admettre une telle sanction, infliger une semblable peine à l'usufruitier, lorsque le retard de l'inventaire ne provient ni de sa faute, ni de sa négligence [2]? Aussi la jurisprudence, qui avait d'abord consacré cette opinion [3], a-t-elle fini par accorder à l'usufruitier les émoluments de son droit, même avant la confection de l'inventaire [4]; les juges peuvent seulement ordonner le séquestre des biens [5] ou autoriser le nu propriétaire à percevoir lui-même les fruits pour les restituer après la clôture de l'inventaire [6]. L'usufruitier d'une somme d'argent n'en conserve pas moins, en l'absence d'inventaire, le droit de toucher la somme, sans être contraint à un emploi déterminé ou privé des revenus jusqu'à la confection de l'inventaire [7].

645. Si, en fait, l'usufruitier est entré en jouissance des meubles sujets à l'usufruit avant d'avoir fait dresser inventaire, le propriétaire pourra, le cas échéant, prouver par tous les moyens possibles la consistance et la valeur du mobilier non inventorié, par témoins, à l'aide des papiers de famille, même, suivant l'opinion générale, par la commune renommée (arg. art. 1415 et 1504) [8] : ce qui toutefois ne va pas sans

[1] Laurent, VI, n. 501, avec quelques réserves; Proudhon, *De l'usufruit*, II, n. 798.

[2] Aubry et Rau, II, § 229, p. 473, note 4; Demolombe, X, n. 4; Duranton, IV, n. 593; Marcadé, sur l'art. 600, n. 2.

[3] Toulouse, 18 août 1820, S. chr., 29 juill. 1829, S. chr., D., 30. 2. 262.

[4] Cass., 31 mars 1858, précité. — Nimes, 5 janv. 1838, S., 38. 2. 289, D., 38. 2. 109. — Limoges, 23 novembre 1840, S., 41. 2. 161.

[5] Grenoble, 27 mars 1824, S. chr., D., 25. 2. 75.

[6] Bastia, 15 juin 1835, S., 36. 2. 183, D., 36. 2. 53.— Dijon, 2 juillet 1842, S., 42. 2. 473, D., 43. 2. 114.

[7] Bordeaux, 2 mai 1876, S., 77. 2. 217.

[8] Pau, 28 mars 1887, S., 88. 2. 117, D., 87. 2. 166. — Douai, 7 avril 1900, D., 01. 2. 21. — Aubry et Rau, II, § 229, p. 472; Demolombe, X, n. 472; Proudhon, *De l'usufruit*, n. 794.

difficulté, la commune renommée étant un mode de preuve tout à fait exceptionnel, qu'il semble difficile d'admettre en dehors des cas où la loi l'autorise formellement.

Que si l'usufruitier était entré en jouissance des immeubles sujets à son droit sans en avoir fait dresser un état, il serait, suivant l'opinion générale, *présumé* les avoir reçus en bon état (arg. art. 1731). Mais l'usufruitier serait admis à combattre cette présomption par la preuve contraire.

Laurent critique, non sans raison, l'opinion générale; l'art. 1731 règle une hypothèse spéciale et différente, puisque le bailleur est tenu de faire jouir le preneur et de lui délivrer la chose en bon état; la présomption de ce texte ne saurait donc s'étendre à la situation non identique de l'usufruitier, auquel le nu propriétaire remet la chose dans l'état où elle se trouve. Pourquoi du reste accorder au nu propriétaire la faveur de cette présomption et l'avantage de la preuve par commune renommée? N'a-t-on pas une négligence à lui reprocher? Il aurait pu exiger la confection de l'inventaire; s'il a laissé l'usufruitier entrer en jouissance sans y procéder, pourquoi serait-il ensuite autorisé à s'en prévaloir? A défaut du titre qui lui aurait procuré une preuve irrécusable et qu'il a négligé d'obtenir, on devrait le laisser dans la condition ordinaire d'un demandeur, tenu de faire la preuve des faits qu'il articule, suivant les modes ordinaires (1). La négligence du nu propriétaire apparaît plus certaine encore si l'on songe qu'il peut contraindre, par toutes les voies légales, l'usufruitier à remplir son obligation, recourir par exemple à l'apposition des scellés, à la nomination d'un séquestre (2), et user à toute époque de ces moyens, même à l'encontre d'un usufruitier entré en possession avant la confection de l'inventaire (3).

646. La nécessité de l'inventaire s'impose à tous les usufruitiers, la loi n'a pas accordé de dispense à ceux que l'article 601 affranchit de l'obligation relative à la caution; le

(1) Laurent, VI, n. 503.

(2) On pourra choisir comme séquestre un tiers ou l'usufruitier lui-même. Grenoble, 27 mars 1824, précité. — Dijon, 2 juill. 1842, précité.

(3) Cass., 10 janv. 1859, S., 59. 1. 225, D., 59. 1. 71.

vendeur ou le donateur, sous réserve d'usufruit, restent, comme les autres, légalement tenus de procéder à l'inventaire. Mais si la loi n'apporte aucune restriction, la volonté des parties peut-elle déroger à l'exigence de l'art. 600? Lorsque l'acte constitutif est une donation, sa validité est soumise à un état estimatif du mobilier, que l'on peut considérer comme équivalent à l'inventaire. La désignation dans l'acte des immeubles grevés de l'usufruit pourrait aussi tenir lieu de l'état requis par l'art. 600. Dans une constitution d'usufruit à titre onéreux, les parties ne seront pas tentées d'insérer une clause de dispense d'inventaire; mais si l'usufruit porte sur des objets particuliers, leur désignation précise dans l'acte équivaudrait à l'inventaire ou à l'état. En revanche, on rencontre fréquemment, dans les dispositions testamentaires établissant des droits d'usufruit, une clause qui dispense l'usufruitier de faire inventaire; quelle en est la valeur?

Il est certain qu'une semblable clause serait nulle en tant qu'elle pourrait porter atteinte aux droits de réserve de certains héritiers. Même en dehors de cette hypothèse, nous inclinerions à la déclarer nulle encore, par argument de l'article 6, en ce sens du moins que, quels que soient les termes dans lesquels elle est conçue, elle ne priverait pas les héritiers du testateur du droit de faire procéder à l'inventaire à leurs frais, contradictoirement avec l'usufruitier.

En effet, si cette clause pouvait avoir pour résultat de mettre le nu propriétaire dans l'impossibilité de se procurer un titre régulier pour établir la consistance des biens grevés d'usufruit, elle favoriserait la mauvaise foi de l'usufruitier, en lui permettant de ne restituer, lors de l'extinction de son droit, qu'une partie du mobilier sujet à usufruit, et sous cet aspect la clause est contraire à l'ordre public.

En outre, au cas où l'usufruit prendrait fin, comme il arrive le plus souvent, par la mort de l'usufruitier, elle mettrait le nu propriétaire dans une situation très difficile à l'égard des héritiers de l'usufruitier, qui pourraient, de très bonne foi, contester le droit du nu propriétaire sur certains objets.

Aussi est-il remarquable que la loi, qui autorise la dispense de fournir caution (art. 601), n'autorise nulle part la dispense de dresser inventaire. Tout ce que peut faire valablement le constituant, c'est d'affranchir l'usufruitier de l'obligation de supporter les frais de l'inventaire, et la clause qui le dispense d'y faire procéder pourrait, suivant les circonstances, être interprétée dans ce sens (1).

647. Si l'on admet la nullité de la clause qui dispense l'usufruitier de faire inventaire, il faut déclarer nulle aussi toute clause pénale qui aurait pour but d'assurer son exécution (arg. art. 1227), par exemple la disposition d'après laquelle le testateur aurait fait défense expresse de procéder à l'inventaire en ajoutant que la violation de cette défense aurait pour sanction de convertir le legs d'usufruit en un legs de pleine propriété (2).

648. L'art. 600 met sur la même ligne l'inventaire et l'état des immeubles; par suite, les mêmes règles s'appliquent à ces deux actes; et la dispense de l'état exigé ne saurait non plus résulter d'une disposition testamentaire, si ce n'est pour mettre les frais de l'acte à la charge du nu propriétaire (3).

B. *De la caution.*

649. La caution est une tierce personne qui vient garantir l'obligation contractée par le débiteur, en s'engageant à l'exécuter en son lieu et place, pour le cas où il ne l'exécuterait pas lui-même.

Aux termes de l'art. 601 : « *Il* [l'usufruitier] *donne caution* » *de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par* » *l'acte constitutif de l'usufruit; cependant, les père et mère*

(1) Toulouse, 23 mai 1831, S., 32. 2. 232, D., 32. 2. 67. — Agen, 23 juin 1853, S., 53. 2. 269. — Caen, 30 avril 1855, S., 56. 2. 228, D., 56. 2. 273. — Aubry et Rau, II, § 229, p. 473; Demolombe, X, n. 473 et 474; Laurent, VI, n. 497; Proudhon, *De l'usufruit*, II, n. 806; Demante, II, n. 441 *bis*, V.

(2) Toulouse, 23 mai 1831, précité; on chercherait en vain, pour défendre une autre solution, à s'appuyer sur l'opinion émise par Treilhard et Cambacérès au sein du conseil d'Etat (Locré, IV, p. 117); si l'exigence de l'inventaire est d'ordre public, toute clause contraire doit être réputée non écrite dans un testament (arg. art. 900).

(3) Cass., 10 janv. 1859, S., 59. 1. 225, D., 59. 1. 71; Laurent, VI, n. 499.

» *ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants, le vendeur* » *ou le donateur, sous réserve d'usufruit, ne sont pas tenus de* » *donner caution* ».

L'usufruitier, dit la loi, donne caution de jouir *en bon père de famille,* c'est-à-dire comme un propriétaire soigneux et diligent, *sicut bonus pater familias.* La caution fournie par l'usufruitier est donc responsable envers le propriétaire des abus de jouissance commis par l'usufruitier. On doit la déclarer responsable aussi de la restitution des biens soumis au droit d'usufruit.

La loi le dit implicitement pour le cas où le défaut de restitution est la conséquence d'un abus de jouissance de l'usufruitier, par exemple s'il a détruit la chose ou s'il l'a aliénée; et, comme elle statue toujours *de eo quod plerumque fit,* elle a pu croire inutile de le dire formellement pour les cas, assez rares d'ailleurs, où le défaut de restitution ne peut pas être rattaché à un abus de jouissance, comme il arrive dans l'hypothèse du quasi-usufruit.

650. La caution que doit l'usufruitier est une caution légale, car elle est imposée par la loi; elle devrait donc satisfaire aux conditions exigées par les art. 2018 et 2019. Voyez l'art. 2040; par conséquent, il n'est pas nécessaire que la caution donne hypothèque sur ses immeubles.

La solvabilité de la caution doit être appréciée eu égard à l'importance des obligations dont elle garantit l'exécution : ce qui est une question de fait, variable suivant la nature des objets soumis à l'usufruit; l'obligation est plus étendue à l'égard des objets mobiliers, des maisons qui peuvent périr par la faute de l'usufruitier, tenu alors d'en restituer la valeur; plus étendue aussi à l'égard des taillis et des futaies qu'à l'égard des terres soumises à une culture ordinaire.

651. Le cautionnement peut être remplacé par des garanties équivalentes, c'est-à-dire par le dépôt d'une somme d'argent suffisante ou d'une inscription de rente dans une caisse publique, par un gage ou nantissement suffisant (arg. art. 2041) et même par une hypothèque (1).

(1) Cass., 7 août 1882, S., 82. 1. 457, D., 83. 1. 220; Demolombe, X, n. 505; Duranton, IV, n. 603; Marcadé, sur l'art. 602, n. 1; Troplong, *Cautionnement,* n. 592.

D'après un certain nombre d'auteurs (1), l'usufruitier, autorisé à remplacer la caution par un cautionnement ou un gage, ne pourrait y substituer une hypothèque; cette garantie, subordonnée au renouvellement de l'inscription et soumise à de nombreuses causes d'extinction, n'offrirait pas au nu propriétaire une sécurité aussi complète que la constitution d'un gage. Mais, en offrant avant son entrée en jouissance une garantie aussi sérieuse que l'hypothèque, l'usufruitier a satisfait à l'obligation de l'art. 601; l'extinction ultérieure de la sûreté réelle fournie par l'usufruitier serait imputable à la négligence du nu propriétaire, à une imprudence tout à fait impardonnable; cette éventualité ne saurait donc enlever à l'hypothèque la valeur très grande que l'on attache d'ordinaire à cette garantie.

Nous avons dit plus haut dans quelle mesure la caution était déchargée en cas de cession de l'usufruit, et nous avons recherché si le cessionnaire était tenu d'en fournir une autre (2).

652. Tout usufruitier doit, en principe, fournir caution. Le quasi-usufruitier en est tenu comme l'usufruitier ordinaire; le besoin s'en fait même sentir plus vivement dans ce cas.

La caution est également due par le débiteur auquel le créancier a légué l'usufruit de sa dette, quand bien même il n'aurait pas été tenu de fournir de sûreté comme débiteur.

Mais la règle souffre plusieurs exceptions.

653. Première exception. L'usufruitier peut être dispensé de fournir caution par le titre constitutif de l'usufruit (art. 601). Cette dispense, qui peut être tacite aussi bien qu'expresse (3), est fréquente dans l'usufruit testamentaire. Le juge pourra donc trouver la dispense dans l'interprétation des dispositions contenues dans l'acte, par exemple lorsque le testateur aura donné à l'usufruitier le droit d'administrer à sa guise sans pouvoir être inquiété sous prétexte de dégra-

(1) Aubry et Rau, II, § 229, p. 475; Laurent, VI, n. 500; Proudhon, *De l'usufruit*, II, n. 486 s.

(2) V. *supra*, n. 542.

(3) Cass., 28 octobre 1889, S., 90. 1. 53, D., 90. 1. 67. — Agen, 23 juillet 1888, D., 91. 1. 168.

dation (1); de même l'usufruitier sera dispensé de fournir caution à l'égard des immeubles lorsqu'on a limité aux meubles, d'une façon expresse, l'accomplissement de cette obligation (2), ou encore lorsque l'on a recommandé à l'exécuteur testamentaire de préserver l'usufruitier de toute formalité concernant les tiers (3); mais la dispense de faire inventaire n'implique pas nécessairement celle de donner caution. Il y a donc une différence entre l'inventaire, que le testateur ne peut interdire, et la caution dont l'usufruitier se trouve parfois complètement affranchi, différence très justifiable, du reste: le constituant aurait pu disposer de la pleine propriété de son bien; à plus forte raison peut-il disposer de l'usufruit en dispensant l'usufruitier de fournir caution. Qui peut le plus peut le moins.

L'argument conserve ici toute sa valeur; en effet la garantie de la caution n'a pas pour but de prévenir les fraudes; elle n'est pas d'ordre public; c'est pour protéger l'intérêt privé du nu propriétaire qu'elle assure une plus exacte exécution des obligations imposées à l'usufruitier.

654. Le même motif ne pouvant plus être donné lorsque l'usufruit est établi sur des biens dont la nue propriété est réservée à certains héritiers du constituant, par exemple s'il s'agit d'un mari qui a légué à sa femme l'usufruit de la réserve de ses ascendants (art. 1904 al. 1), il semble qu'alors la dispense de fournir caution ne pourrait pas être valablement accordée; elle serait en effet de nature à compromettre les droits de l'héritier réservataire. La jurisprudence de la cour de cassation est en sens contraire; elle invoque principalement les termes absolus dans lesquels l'art. 601 autorise le constituant à dispenser l'usufruitier de la caution (4); il en

(1) Cass., 10 janvier 1859, précité; 11 déc. 1900, D., 01. 1. 62. — Bordeaux, 24 juin 1842, S., 43. 2. 36, D., 43. 2. 42. — Poitiers, 20 janvier 1857, S., 58. 2. 237, D., 58. 1. 128.

(2) Cass., 10 janvier 1859, précité et Poitiers, 10 janvier 1857, précité.

(3) Rennes, 12 juillet 1864, S., 64. 2. 181.

(4) Cass., 12 mars 1862, S., 62. 1. 413, D., 62. 1. 128; 5 juillet 1876, S., 77. 1. 345, D., 77. 1. 277. Les cours d'appel sont divisées ainsi que la doctrine. — V. dans le sens de la solution consacrée par la cour de cassation, Nancy, 4 mars 1873, S., 74. 2. 6, D., 74. 2. 148. — Pau, 3 juillet 1876, S., 77. 2. 120. — Tou-

serait ainsi alors même que les biens seraient grevés d'un droit de retour conventionnel (1), ou encore lorsque la disposition en usufruit dépasserait la quotité disponible, et que les héritiers négligeraient d'exercer l'option que leur laisse l'art. 917 (2). En tout cas les juges du fond apprécient souverainement si l'usufruitier a été ou non dispensé de fournir caution (3).

655. Quand l'usufruitier a été dispensé de fournir caution par le titre constitutif, le propriétaire peut exceptionnellement en exiger une pendant la durée de l'usufruit dans les cas suivants :

a. Si l'usufruitier commet des abus de jouissance. Il pourrait alors être déclaré déchu de son droit (art. 618); à plus forte raison, le juge peut-il ne l'y maintenir qu'en l'obligeant à fournir caution. Il en est de même si le désordre survenu dans les affaires de l'usufruitier donne lieu de craindre que les droits du nu propriétaire ne soient compromis (4), par exemple si l'usufruitier devient insolvable pendant la durée de l'usufruit (5) et, à plus forte raison, si l'usufruitier agit en fraude des droits du nu propriétaire, par exemple en vendant

louse, 1er février 1877, S., 78. 2. 261, D., 78. 2. 166 et de nombreux arrêts indiqués dans Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, sur l'art. 601, n. 27.— *Sic* Aubry et Rau. VII, § 679, p. 160, note 6; Demante, n. 442 *bis*. — *Contra* Bourges, 29 janvier 1841, S., 45. 2. 500, D., 46. 4. 504. — Rouen, 17 février 1844, S., 44. 2. 127. — Montpellier, 19 nov. 1857, S., 58. 2. 609, D., 58. 2. 25. — Orléans, 23 février 1860. S., 60. 2. 366, D., 60. 2. 101 et les autres arrêts indiqués dans Fuzier-Herman, sur l'art. 601, n. 22; Demolombe, X, n. 493; Laurent, VI, n. 515; Proudhon, *De l'usufruit*, n. 248 s.; Duranton, IV, 611; Marcadé, sur l'art. 60.

(1) Cass., 12 mars 1862, précité.

(2) Douai, 14 juin 1852, S., 53. 2. 97, D., 53. 2. 89.

(3) Cass., 4 avril 1881, S., 83. 1. 65, D., 81. 1. 381.

(4) Cass., 22 oct. 1889, S., 90. 1. 53, D., 90. 1. 82.

(5) Si l'insolvabilité existait lors de l'ouverture de l'usufruit, il n'y aurait pas lieu d'exiger la caution. — Paris, 6 janvier 1826, S. chr. — Paris, 15 juin 1877, S., 77. 2. 181, D., 78. 2. 168. — Comment justifier ces solutions de la jurisprudence et surtout comment les concilier? Les textes manquent et l'art. 1168 ne fournit qu'un argument très douteux; si on prend pour base la volonté probable du constituant qui a inséré la clause de dispense et n'a dû l'inscrire qu'en prévision de la solvabilité de l'usufruitier et sous la réserve d'une insolvabilité possible, on devrait aussi exiger la caution lorsqu'il a pu croire solvable à l'ouverture de l'usufruit un usufruitier qui cependant ne l'était pas. — L'arrêt de Paris du 6 janvier 1826 prend soin de dire que l'insolvabilité était notoire, ce qui laisse supposer que le constituant en avait eu connaissance, et ce qui justifie dans l'espèce la solution admise. — Cpr. Laurent, VII, n. 518.

tous ses biens pour rendre le recours du nu propriétaire illusoire (1). La jurisprudence de la cour de cassation paraît se former en ce sens que la caution peut être réclamée de l'usufruitier qui en a été dispensé toutes les fois que, par sa faute et même par son simple fait, l'usufruitier met en péril les droits du propriétaire (2) et, à cet égard, l'appréciation du juge du fait est souveraine.

656. *b.* En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique de tout ou partie du bien grevé d'usufruit. L'usufruitier a le droit de toucher l'indemnité d'expropriation, pour en jouir pendant toute la durée de l'usufruit, mais à la charge de fournir caution *même s'il en est dispensé*. Il n'y a d'exception à cette règle que pour le père ou la mère ayant la jouissance légale de l'art. 384. V. loi 3 mai 1841, art. 39 al. 2 et 3.

657. On a voulu généraliser cette disposition, et décider que l'usufruitier, dispensé de la caution par le titre, peut être obligé d'en fournir une pendant la durée de l'usufruit, lorsque quelque circonstance particulière et imprévue vient mettre en péril la nue propriété, grâce à une modification survenue dans l'état des choses soumises à l'usufruit. Ainsi l'usufruitier d'une rente perpétuelle pourrait, malgré la dispense contenue dans le titre, être obligé de fournir caution pour toucher le capital de la rente, qui serait remboursé pendant la durée de l'usufruit; de même s'il y avait nécessité de vendre les immeubles grevés d'usufruit, la remise du prix de vente ne pourrait être exigée par l'usufruitier sans fournir caution; ou encore si un tiers exerçait un réméré ou demandait la rescision d'une vente pour cause de lésion, l'usufruitier ne pourrait recevoir le remboursement du prix qu'à la charge de fournir caution (3). M. Laurent objecte que l'art. 39 de la loi du 3 mai 1841 déroge au droit commun, et qu'à ce titre sa disposition ne peut pas être étendue d'un cas à un autre. *Exceptio est*

(1) Cass., 26 mars 1889, S., 89. 1. 206, D., 89. 1. 463.

(2) Cass., 26 mars 1889, précité et 11 juill. 1888, S., 88. 1. 368, D., 89. 1. 463. — Angers, 4 fév. 1882, D., 83. 2. 45.

(3) Bourges, 10 déc. 1832, S., 33. 2. 648, D., 34. 2. 31. — V. aussi Bordeaux, 9 avril 1845, S., 45. 2. 531, D., 45. 2. 193.

strictissimæ interpretationis (1). En pratique, le juge pourra dans bien des cas échapper à cette objection, en imposant à l'usufruitier l'obligation de fournir caution, par interprétation du sens exact de la clause du titre constitutif de l'usufruit. En effet, le constituant n'a peut-être accordé la dispense de fournir caution qu'en vue de l'état de choses existant lors de la constitution de l'usufruit, et il a pu vouloir que la dispense cessât au cas où cet état de choses changerait. Il y a là évidemment place pour une appréciation de la part du juge (2).

Cette question d'interprétation mise à part, la jurisprudence semble incliner vers une opinion intermédiaire; le remboursement de la rente ou la conversion en capitaux d'immeubles grevés d'usufruit, sans le fait de l'usufruitier et en dehors de sa volonté, ne suffisent pas à lui imposer l'obligation de fournir caution, après en avoir été dispensé par le titre (3); mais l'usufruitier n'est pas exonéré de tout contrôle de la part du nu propriétaire; la caution deviendrait nécessaire si au fait de la conversion en capitaux venait se joindre l'insolvabilité de l'usufruitier (4); même, si la solvabilité de l'usufruitier n'était pas de nature à écarter tout sujet de crainte sérieuse, le nu propriétaire pourrait exiger des mesures de précaution par exemple réclamer pour les capitaux un emploi déterminé, dont les tribunaux fixeraient les conditions et les délais (5).

658. Ce sont là des nuances qu'il importe de distinguer avec soin et il faut prendre garde de ne rien exagérer; l'emploi de mesures conservatoires suppose deux conditions: d'abord un doute sur la solvabilité de l'usufruitier, ensuite et surtout une modification de la chose grevée d'usufruit depuis

(1) Laurent, VII, n. 519.

(2) Besançon, 8 fév. 1875, S., 77. 2. 36.

(3) Cass., 27 juillet 1897, D., 1900. 1. 581. — Pau, 3 juillet 1876, S., 77. 2. 120. — Aix, 12 juin 1879, S., 80. 2. 77. — Orléans, 1er février 1883, D., 85. 2. 104; 2 juin 1888, D., 89. 2. 247. — Douai, 18 juillet 1901, D., 02. 2. 383. — Aubry et Rau, II, § 229, p. 478; Demolombe, X, n. 500.

(4) Lyon, 15 janvier 1836, S., 36. 2. 230, D., 36. 2. 132. — Rouen, 2 février 1855, S., 55. 2. 497, D., 55. 2. 51. — Douai, 30 décembre 1872, S., 74. 2. 19; 25 oct. 1900, D., 02. 2. 383.

(5) Cass., 8 novembre 1881, S., 85. 1. 11. — Besançon, 8 février 1875, précité; Aubry et Rau, II, § 229, p. 478.

la constitution de ce droit (1). Certains arrêts qui avaient voulu franchir ces limites ont encouru la censure de la cour suprême. Un arrêt de Nancy avait jugé que la dispense de fournir caution ne fait pas obstacle à ce que le propriétaire requière, dès l'ouverture de l'usufruit, l'application de mesures destinées à assurer la conservation de la chose, et cela, même quand l'usufruitier offre des garanties d'honorabilité et de solvabilité.

En conséquence, elle avait décidé que l'usufruitier pouvait être contraint de convertir à ses frais les valeurs au porteur soumises à son droit d'usufruit en titres nominatifs, immatriculés en son nom pour l'usufruit et au nom du nu propriétaire pour la propriété, ou à déposer les titres à la Banque de France, par l'entremise de laquelle il en toucherait les revenus (2). L'arrêt de Nancy a été cassé (3), ainsi qu'un arrêt de Poitiers (4) rendu dans le même sens (5). D'après la cour de cassation, la dispense de fournir caution donne à l'usufruitier le droit de jouir des choses dans l'état où elles sont au moment de l'ouverture de l'usufruit, sans que le nu propriétaire puisse réclamer l'application d'aucune mesure conservatoire, soit à l'origine, soit au cours de l'usufruit, à moins cependant que l'usufruitier ne mette le droit du nu propriétaire en péril par ses actes ou par un changement survenu dans sa situation personnelle de fortune. La cour de Paris avait fait une application plus saine des principes consacrés par la jurisprudence, en décidant que le mari donataire en usufruit de l'universalité des biens de sa femme avec dispense de donner caution, ne pouvait être contraint d'en fournir une, sous prétexte qu'il aurait mal géré les affaires de la com-

(1) Grenoble, 26 janv. 1901, D., 01. 2. 463; Douai, 7 avril 1900, D., 01. 2. 21.

(2) Nancy, 21 mai 1886, S., 86. 2. 214, D., 87. 2. 181.

(3) Cass., 11 juillet 1888, S., 88. 1. 368, D., 89. 1. 463.

(4) Poitiers, 9 mai 1887, sous Cass., 7 décembre 1891 (note suivante).

(5) Cass., 7 décembre 1891, S., 92. 1. 353, D., 92. 1. 68. — Dans un arrêt précité du 27 juillet 1897 (D., 1900. 1. 581) la cour suprême a maintenu sa jurisprudence ; une veuve usufruitière des biens de son mari en vertu d'un testament qui la dispensait de fournir caution n'a pu, malgré son insolvabilité existante au jour de l'ouverture de l'usufruit, être astreinte à faire emploi du prix des immeubles vendus pour les besoins de la liquidation. — V. aussi Riom, 2 mars 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 648.

munauté, compromis sa fortune personnelle, et diminué ainsi les garanties originaires qu'il offrait; l'action du propriétaire, en vue d'obtenir certaines sûretés, ne prend naissance qu'au moment où l'usufruitier met effectivement en péril les valeurs qu'il a reçues (1).

659. Enfin la dispense de fournir caution apparaît, en principe, et sauf intention contraire, comme personnelle à l'usufruitier désigné dans l'acte constitutif; si donc l'usufruit est l'objet d'une cession volontaire ou forcée, le cessionnaire ne profite pas de la dispense et doit fournir caution (2).

660. Les restrictions que la jurisprudence assigne à la dispense de caution peuvent, le cas échéant, s'étendre aux autres hypothèses dans lesquelles l'usufruitier n'est pas tenu de fournir cette garantie; toutefois, la quatrième exception a une portée plus absolue, et le mari ne sera jamais obligé de fournir caution; la femme, en effet, est protégée d'autre façon contre l'insolvabilité, les désordres du mari; elle a la garantie de l'hypothèque légale et la ressource de la séparation de biens.

661. Deuxième exception. Sont dispensés de fournir caution « les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs » enfants » (art. 601). L'affection paternelle ou maternelle est considérée par la loi comme une garantie suffisante. Et remarquez que la dispense n'est pas accordée à tout usufruitier légal, mais seulement à celui de l'art. 384. Les autres devraient donc la caution, notamment l'usufruitier de l'art. 754.

Il faut, d'autre part, un usufruit légal, et, comme l'interprétation étroite est ici de rigueur, la dispense de caution ne s'étend pas à l'usufruit constitué par convention ou par testament au profit du père ou de la mère sur les biens de leurs enfants (3).

662. Troisième exception. L'art. 601 dispense également de l'obligation de fournir caution « le vendeur ou le donateur » sous réserve d'usufruit » c'est-à-dire celui qui vend ou qui donne la nue propriété d'un bien et en garde l'usufruit. Cette

(1) Paris, 15 juin 1877, S., 77. 2. 181, D., 78. 2. 168.
(2) V. *supra*, n. 542. — Paris, 3 août 1857, S., 57. 2. 561, D., 59. 2. 171.
(3) Aubry et Rau, II, § 229, p. 477; Demolombe, XI, n. 488; Laurent, VI, n. 516.

double exception nous paraît avoir été admise par interprétation de la volonté des parties. La loi suppose qu'il a été sous-entendu dans le contrat que le vendeur ou le donateur ne fournirait pas de caution. Et, en effet, la jouissance restant là où elle était avant le contrat, il est naturel d'admettre que l'acheteur ou le donataire, qui a pu se rendre compte de la manière dont jouissait antérieurement le vendeur ou le donateur, l'a dispensé de fournir caution, par cela seul qu'il n'a pas exigé cette garantie. A quoi l'on peut ajouter, en ce qui concerne le donataire, que la dette de reconnaissance dont il est tenu semble s'opposer à ce qu'il puisse avoir le droit d'exiger une caution du donateur, et que d'ailleurs celui-ci dictant les clauses du contrat, il est naturel de supposer qu'il a sous-entendu à son profit une dispense de fournir caution.

Quel que soit le motif sur lequel est fondée la dispense qui nous occupe, par cela seul qu'elle constitue une exception au droit commun, elle doit être sévèrement restreinte au cas prévu par la loi ; on ne devrait donc pas l'étendre à l'acheteur ou au donataire d'usufruit, puisque le texte ne l'établit qu'au profit du vendeur ou du donateur sous réserve d'usufruit. *Et alias non est eadem ratio* (1). Toutefois, malgré la nécessité d'une interprétation étroite, on ne saurait se refuser à étendre l'exception à toutes les hypothèses d'aliénation à titre onéreux, par voie d'échange ou de dation en paiement, par exemple, avec réserve d'usufruit au profit de l'aliénateur (2).

663. Quatrième exception. La règle que l'usufruitier doit fournir caution reçoit une dernière exception, en ce qui concerne l'usufruit marital, c'est-à-dire celui qui existe au profit du mari sur les biens de sa femme, sous les divers régimes matrimoniaux (art. 1550 et arg. de cet article).

664. En dehors des exceptions qui viennent d'être indi-

(1) Aubry et Rau, II, § 229, p. 477; Demolombe, X, n. 491; Laurent, VI, n. 511 s.; Agen, 21 novembre 1860, sous Cass., 15 juillet 1863, S., 63. 1. 439. — Lorsque le donateur a réservé l'usufruit à son profit et au profit d'une tierce personne, de sa femme, par exemple, la caution doit être fournie par le tiers, bénéficiaire de l'usufruit, au décès du donateur. — Bordeaux, 1er avril 1897, D., 98. 2. 169.

(2) Aubry et Rau, II, § 229, p. 477; Demolombe, X, n. 490; Laurent, VI, n. 512.

quées, tout usufruitier doit fournir caution (1). Le propriétaire peut s'opposer à ce que l'usufruitier entre en jouissance jusqu'à ce qu'il ait satisfait à cette obligation.

La disposition de l'art. 604 qui accorde à ce dernier les fruits depuis l'ouverture de son droit n'est pas incompatible avec l'opposition que le propriétaire peut mettre à l'entrée en jouissance de l'usufruitier (2). Même le consentement donné par l'héritier à la délivrance d'un legs d'usufruit et l'envoi en possession du légataire ne font pas obstacle au droit du nu propriétaire d'arrêter l'entrée en jouissance de l'usufruitier qui n'aurait pas fourni caution (3). Par ailleurs, le nu propriétaire qui laisserait l'usufruitier se mettre en possession effective des biens n'en conserverait pas moins le droit d'exiger ensuite la caution ; les renonciations, en effet, ne se présument pas, et le retard que le propriétaire apporte dans l'exigence de la caution ne saurait être interprété comme un abandon de cette garantie (4).

Si l'obligation de donner caution doit s'exécuter, en principe avant l'entrée en jouisance, rien n'oblige l'usufruitier à fournir cette garantie avant la confection de l'inventaire (5).

665. Mais ne trouve pas de caution qui veut. Ce n'est chose facile que pour ceux auxquels on ne songera guère à demander cette garantie, parce qu'ils sont d'une solvabilité à toute épreuve. Que fera-t-on, si l'usufruitier ne peut pas trouver de caution ou l'une des sûretés considérées comme équivalentes? Le privera-t-on de son droit d'usufruit? Cette

(1) Ainsi le conjoint survivant exerçant l'usufruit légal de la loi de 1891 doit fournir caution. Trib. civ. Seine, 26 avril 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 2. 208.

(2) Aubry et Rau, II, § 229, p. 474, note 13; Demolombe, X, n. 483. — En effet, c'est l'exercice effectif du droit de jouissance qui est interdit à l'usufruitier, et non le profit de ce droit.

(3) Cass., 22 janvier 1878, S., 78. 1. 216, D., 78. 1. 316.

(4) Aubry et Rau, II, § 229, p. 474; Demolombe, X, n. 484; Laurent, VI, n. 520. — La cour de Rennes, dans un arrêt du 6 déc. 1900, D., 03. 2. 151, a jugé que la faculté pour le nu propriétaire d'exiger une caution, dérivant de la loi, était imprescriptible; la solution de cet arrêt s'appuie également sur une autre raison plus solide peut-être; la jouissance de l'usufruitier étant successive et de tous les instants, l'obligation de fournir caution se renouvelle et se perpétue pendant toute la durée de l'usufruit.

(5) Bordeaux, 17 déc. 1879, S., 80. 2. 112.

sanction dépasserait la juste mesure, et elle atteindrait précisément les usufruitiers qui auraient le plus à souffrir de la perte de leur droit, ceux qui sont nécessiteux. Comme le dit fort bien Demante, « la caution ayant pour unique objet de garantir le propriétaire contre les abus de jouissance, l'impossibilité de la fournir ne doit point priver entièrement l'usufruitier de son droit; il convient seulement, dans ce cas, de lui en ôter le libre exercice en lui réservant l'émolument ». C'est, en effet, à ce parti que la loi s'est arrêtée (1). Les art. 602 et 603 indiquent une série de mesures destinées à sauvegarder les droits respectifs du nu propriétaire et de l'usufruitier. Il suffira presque de les transcrire.

666. ART. 602. *Si l'usufruitier ne trouve pas de caution, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre; — Les sommes comprises dans l'usufruit sont placées; — Les denrées sont vendues, et le prix en provenant est pareillement placé; — Les intérêts de ces sommes et les prix des fermes appartiennent en ce cas à l'usufruitier.*

= *Mis en séquestre.* C'est-à-dire confiés à un gardien qui administrera l'immeuble et rendra compte des produits (art. 1956). Le salaire dû au gardien viendra en déduction des fruits qui seront remis à l'usufruitier.

= *Les sommes sont... placées.* Si, par suite d'un mauvais placement, ces sommes se trouvaient perdues, la perte serait pour le nu propriétaire et pour l'usufruitier : l'un perdrait son droit de nue propriété, l'autre son droit de jouissance.

Si l'usufruit portait sur un fonds de commerce, on ne vendrait pas seulement les marchandises; le fonds lui-même serait cédé.

Les actes que rend nécessaires l'application de l'art. 602, le bail, la vente, le placement des capitaux, sont laissés à l'initiative de l'usufruitier; c'est lui qui cherche un preneur, un acquéreur, un placement avantageux, mais il doit obtenir l'assentiment du nu propriétaire; si un désaccord s'élevait

(1) Par suite, l'impossibilité pour un donataire en usufruit de fournir caution n'emporte pas résolution du contrat pour inexécution des conditions, puisque la garantie se remplace par des mesures équivalentes. — Besançon, 12 fév. 1873, S., 73. 2. 196, D., 73. 2. 122.

entre eux, les tribunaux y mettraient fin, détermineraient le mode d'emploi des capitaux (1), ou ordonneraient par exemple de conclure aux enchères le bail ou la vente sur un cahier de charges préalablement dressé (2).

Lorsque l'usufruit porte sur des créances non exigibles, la cession de ces créances n'est pas nécessaire; l'usufruitier en recevra les intérêts, comme s'il s'agissait de sommes placées à l'ouverture de l'usufruit, par application de l'art. 602. Mais n'est-il pas à craindre que les tiers ne fassent de bonne foi, entre les mains de l'usufruitier, au moment de l'exigibilité, un paiement opposable au nu propriétaire? Pour éviter ce danger, il suffit de prévenir les tiers par acte extra-judiciaire et de leur faire savoir que ce paiement ne doit pas avoir lieu en arrière du nu propriétaire (3).

667. ART. 603. *A défaut de caution de la part de l'usufruitier, le propriétaire peut exiger que les meubles qui dépérissent par l'usage soient vendus, pour le prix en être placé comme celui des denrées : et alors l'usufruitier jouit de l'intérêt pendant son usufruit : cependant l'usufruitier pourra demander, et les juges pourront ordonner, suivant les circonstances, qu'une partie des meubles nécessaires pour son usage lui soit délaissée, sous sa simple caution juratoire, et à la charge de les représenter à l'extinction de l'usufruit.*

= *Peut exiger*. C'est donc une faculté pour le propriétaire. Notre disposition n'est pas impérative, comme l'est celle de l'article précédent pour les denrées. Il peut y avoir en effet certains meubles que le propriétaire tient à conserver en nature, et la loi n'a pas voulu qu'il pût être obligé de les vendre.

(1) Orléans, 12 avril 1894, D., 94. 2. 397.

(2) Le nu propriétaire pourra-t-il exiger l'insertion d'une clause mettant à la charge du fermier les réparations d'entretien que l'usufruitier aurait supportées? Les tribunaux restent libres d'apprécier l'opportunité de cette clause; l'art. 602 dit que les immeubles seront affermés, mais il n'impose aucune condition spéciale, aucune restriction pour la conclusion du bail. — Aubry et Rau, II, § 229, p. 476; Demolombe, X, n. 507; Laurent, VI, n. 522.

(3) La même précaution pourra être prise vis-à-vis des sommes placées à l'ouverture de l'usufruit; on fera défense aux tiers d'opérer le remboursement sans le concours du nu propriétaire. — Demolombe, X, n. 509; Laurent, VI, n. 524.

Le nu propriétaire a donc le droit de conserver les meubles pour les remettre à l'usufruitier qui trouverait ensuite une caution ou de les faire vendre pour éviter l'obligation de les tenir à la disposition de l'usufruitier.

Que fera-t-on des meubles dont le propriétaire ne demandera pas la vente? Sauf l'exception prévue par la partie finale de l'article, le propriétaire a le droit d'en refuser la délivrance à l'usufruitier tant qu'il ne fournit pas caution, et par conséquent de les garder. Mais il les gardera à titre de dépositaire ou séquestre, et par suite il n'aura pas le droit de s'en servir (arg. art. 1930). Aussi doit-on décider, mais il y a quelques difficultés sur ce point (1), que le propriétaire n'aurait pas à payer à l'usufruitier une somme représentative de la jouissance de ces meubles (2).

= *Sous sa simple caution juratoire.* Ces mots désignent la promesse, faite sous la foi du serment par l'usufruitier, de jouir en bon père de famille; la conscience de l'usufruitier lui tiendra lieu de caution.

= *A la charge de les représenter.* Ne concluez pas de là, comme l'a fait un auteur, que les cas fortuits qui feraient périr les meubles seraient pour le compte de l'usufruitier. *Nemo præstat casus fortuitos.*

668. Aux termes de l'art. 604 : « *Le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit; ils lui sont dus au moment où l'usufruit a été ouvert* ».

Ce texte doit être entendu en ce sens que le retard de donner caution ne différera pas l'époque à dater de laquelle l'usufruitier a droit aux fruits. A ce point de vue donc, le retard de donner caution ne nuira pas à l'usufruitier. Mais le bon sens dit assez que ce retard ne saurait lui profiter; il ne pourra donc pas avoir pour conséquence d'avancer l'épo-

(1) D'après Laurent, VI, n. 523, si l'usage de ces meubles procure un avantage appréciable au nu propriétaire, celui-ci doit tenir compte à l'usufruitier. — V. aussi en ce sens Proudhon, *De l'usufruit*, II, n. 841; on oublie, dans ce système, que le nu propriétaire ne doit pas se servir des meubles, qu'il joue le rôle d'un dépositaire et qu'il assume plutôt une obligation de conserver.

(2) Aubry et Rau, II, § 229, p. 476, note 21. — Cpr. Demolombe, X, n. 513.

que à partir de laquelle l'usufruitier a droit aux fruits. Il importe peu que, pris à la lettre, notre article paraisse dire le contraire pour un cas particulier, celui de l'usufruit établi par testament.

Ce point demande quelques explications. En principe l'usufruitier a droit aux fruits aussitôt que l'usufruit est ouvert. Alors notre article s'appliquera à la lettre : le retard de donner caution n'empêchera pas que les fruits ne soient dus à l'usufruitier dès l'ouverture de l'usufruit ; c'est ce qui aurait lieu par exemple pour un usufruit constitué par donation entre vifs. Exceptionnellement, l'usufruitier ne peut pas réclamer les fruits dès l'ouverture de son droit, quand il s'agit d'un usufruit constitué par testament. Le droit de l'usufruitier s'ouvre en pareil cas au jour du décès du testateur (art. 1014) : ce qui signifie que le droit d'usufruit existe, qu'il est né à dater de ce moment ; mais le légataire n'a droit aux fruits qu'à compter du jour de sa demande en délivrance, qui sera nécessairement postérieure à l'ouverture (même article [1]). Supposons que le légataire d'usufruit soit en retard de donner caution ; à partir de quelle époque aura-t-il droit aux fruits ? Toujours à dater de sa demande en délivrance, et non, comme le dit notre article, à dater du « mo- » ment où l'usufruit a été ouvert » : ce qui aurait pour conséquence d'avancer l'époque de sa jouissance. On ne doit pas ici tenir compte du texte, parce qu'il ne faut pas chercher dans une loi la décision de questions qu'elle n'a pas entendu résoudre. Evidemment notre article n'a pas pour but de déterminer l'époque à partir de laquelle l'usufruitier a droit aux fruits. D'ailleurs la partie finale de l'art. 604 n'est qu'une application du principe formulé par la première partie : c'est donc à cette première partie surtout qu'il faut s'attacher. Or la loi dit que le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits *auxquels il peut avoir droit*.

(1) Aux termes de l'art. 1014, le légataire particulier a droit aux fruits à partir seulement de la délivrance demandée ou consentie ; la règle s'applique évidemment au legs d'usufruit. — Bordeaux, 23 avril 1844, S., 44. 2. 472. — Alger, 19 fév. 1875, S., 75. 2. 318. — Aubry et Rau, VII, § 721, p. 487, note 4 ; Demolombe, X, n. 517 ; Laurent, VI, n. 521.

Du reste, comme un legs d'usufruit a toujours le caractère d'un legs particulier, les remarques précédentes s'appliquent sans distinction au légataire d'un usufruit ayant pour objet des choses individuellement envisagées, et au légataire dont le droit porte sur le patrimoine tout entier ou sur une quote-part du patrimoine (1).

§ II. *Des obligations de l'usufruitier pendant la durée de sa jouissance.*

669. Les obligations, assez nombreuses, que la loi impose à l'usufruitier pendant la durée de sa jouissance, peuvent toutes se rattacher à l'obligation de *jouir en bon père de famille*. Ainsi la loi impose à l'usufruitier l'obligation d'entretenir la chose en bon état, parce que c'est ainsi que doit agir un bon père de famille ; de même elle lui impose l'obligation de supporter les contributions et autres charges annuelles du fonds grevé d'usufruit, parce qu'un bon père de famille prélève ces charges, non sur son capital mais sur le revenu du fonds ; or l'usufruitier absorbe tout ce revenu. Aussi la loi, quand elle veut exprimer cette idée que l'usufruitier doit fournir une caution qui garantisse l'exécution de toutes les obligations dont il est tenu envers le propriétaire pendant la durée de sa jouissance, nous dit-elle, condensant sa pensée dans un mot, que l'usufruitier doit donner caution de *jouir en bon père de famille* (art. 601).

670. L'usufruitier étant tenu de jouir en bon père de famille, on doit en conclure qu'il est responsable à l'égard du nu propriétaire de la *culpa levis in abstracto*, c'est-à-dire de la faute que ne commet pas un bon père de famille. D'ailleurs c'est le droit commun. Cpr. art. **1137** (2).

Ainsi l'usufruitier d'une vigne doit la cultiver convenablement et lui donner toutes les façons habituelles dans le pays ;

(1) Limoges, 23 nov. 1840, S., 41. 2. 161. — Aubry et Rau, VII, § 721 ; Demolombe, X, n. 518 ; Laurent, VI, n. 363.

(2) Aubry et Rau, II, § 231, p. 495 ; Laurent, VI, n. 526. — On verra, en effet, dans la théorie des obligations, que le code a répudié la théorie des *trois fautes* enseignées dans l'ancien droit ; il serait donc inexact d'imposer à l'usufruitier l'obligation de répondre de sa faute la plus légère.

d'une façon générale, il lui est interdit d'abuser de sa jouissance et d'épuiser les terres (1). L'obligation de jouir en bon père de famille se combine avec celle de conserver la substance de la chose et avec la nécessité de se modeler sur la jouissance qu'aurait exercée le propriétaire lui-même eu égard à la destination de la chose grevée d'usufruit. Nous avons indiqué déjà les changements et modifications que l'usufruitier était autorisé à introduire tout en respectant ces diverses obligations (2).

Lorsque l'usufruitier manque à l'obligation qui lui incombe de jouir en bon père de famille, le nu propriétaire peut agir immédiatement, sans attendre l'extinction de l'usufruit; il peut réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice causé et, en outre, exiger des garanties pour l'avenir ou demander la déchéance par application de l'art. 618 C. civ. (3). L'action du nu propriétaire suppose toutefois l'existence d'un préjudice actuel (4).

671. Il nous faut maintenant étudier successivement les diverses obligations secondaires, dans lesquelles se décompose l'obligation de jouir en bon père de famille. En voici d'abord l'énumération. L'usufruitier doit : 1° faire les réparations d'entretien ; 2° supporter les charges annuelles du fonds grevé d'usufruit ; 3° contribuer dans une certaine mesure aux charges qui sont établies sur la propriété pendant la durée de l'usufruit ; 4° participer au paiement des dettes qui grevaient le patrimoine du constituant ou qui formaient des charges de son hérédité ; 5° contribuer aux frais des procès concernant la jouissance ; 6° dénoncer au propriétaire les usurpations qui seraient commises pendant la durée de sa jouissance sur le fonds grevé d'usufruit.

A. *L'usufruitier doit entretenir la chose en bon état.*

672. Pour satisfaire à cette première obligation l'usufruitier doit faire les réparations dites d'*entretien*. On oppose les

(1) Laurent, VI, n. 532.
(2) V. *supra*, n. 562.
(3) Cass., 10 janv. 1859, S., 59. 1. 225, D., 59. 1. 71.
(4) Laurent, VI, n. 533; Pothier, *Du douaire*, 213-220, *Introduction au titre XII de la coutume d'Orléans*, n. 39, enseignait déjà dans l'ancien droit la même doctrine.

réparations d'entretien aux grosses réparations. Les premières sont une charge de la jouissance, un bon père de famille ayant l'habitude de prélever sur le revenu de la chose les sommes nécessaires pour effectuer ces réparations : voilà pourquoi la loi les met à la charge de l'usufruitier, qui, ayant la jouissance active, doit naturellement supporter la jouissance passive. Les autres sont charge de la propriété, et demeurent par conséquent au compte du propriétaire, qui les exécute ordinairement aux dépens de son capital. C'est ce qui résulte de l'art. 605, ainsi conçu : « *L'usufruitier n'est » tenu qu'aux réparations d'entretien. — Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins » qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations » d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit ; auquel cas » l'usufruitier en est aussi tenu* ».

Ainsi donc l'usufruitier est tenu des réparations d'entretien ; il n'est pas tenu des grosses réparations. La loi formule ce double principe dans les termes les plus généraux, et il est applicable par conséquent quelle que soit la nature de la chose grevée d'usufruit, pourvu, bien entendu, qu'elle soit susceptibble de réparations.

673. Reste à savoir quelles réparations doivent être considérées comme d'*entretien*, quelles autres comme *grosses*. Ce point est capital, puisque, suivant que telle réparation appartiendra à la première ou à la seconde catégorie, elle sera à la charge de l'usufruitier ou à celle du propriétaire. La loi ne s'est expliquée sur ce point que pour un seul cas, celui d'un usufruit portant sur un bâtiment. Aux termes de l'art. 606 : « *Les grosses réparations sont celles des gros murs et des » voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures en» tières ; — celui des digues et des murs de soutènement et » de clôture aussi en entier. — Toutes les autres réparations » sont d'entretien* ».

674. = *Des gros murs.* La loi ne dit pas, comme le faisait l'art. 262 de la coutume de Paris, auquel notre article a été emprunté, « des *quatre* gros murs ». Il en résulte qu'on doit considérer comme grosses, non seulement les réparations des quatre murs qui forment la cage du bâtiment, mais aussi

celles des murs dits de *refend*, c'est-à-dire des murs intérieurs, qui, partant des fondations de l'édifice, s'élèvent jusqu'à son sommet.

Au surplus, toute réparation à faire aux gros murs n'est pas une grosse réparation ; il faut qu'il s'agisse d'une réfection totale ou partielle. Ainsi un simple recrépissage serait une réparation d'entretien (*modica refectio*) (1).

Toutefois la grosse réparation ne suppose pas la réparation d'un mur en entier ; il suffit que la reconstruction d'une partie du mur soit nécessaire, qu'il y ait lieu, par exemple, de remplir une brèche ; on doit aussi considérer comme grosse réparation, la reconstruction des têtes de cheminées ou des lucarnes qui ne sont que la continuation des gros murs (2) ; ou encore la réfection d'un mur mitoyen réclamée par un voisin en droit de l'exiger (3).

675. *Le rétablissement des poutres et des couvertures entières.* Le mot *entières* ne se rapporte qu'aux couvertures, et non aux poutres. On n'en peut guère douter, quand on compare notre texte avec l'art. 262 de la coutume de Paris, qui lui a servi de patron et qui portait *entières toitures*. C'est pour rajeunir le style, mais non pour changer l'idée, que notre législateur a dit *couvertures entières*. De là il résulte que le rétablissement d'une seule poutre constituerait une grosse réparation, et on devrait considérer comme poutres même les grosses pièces de bois de la charpente, bien qu'on ne les désigne pas ordinairement sous ce nom, ainsi que les solives ou chevrons (4).

Si une partie seulement de la toiture était à refaire, même en entier, par exemple à la suite d'un accident, tel qu'un ouragan ou la chute d'une cheminée, la réparation serait d'entretien.

Il ne faut pas, cependant, donner à l'épithète « entière » un sens trop littéral, une interprétation trop rigoureuse ; sinon l'hypothèse d'une réparation de la toiture entière serait

(1) Trib. civ. Seine, 7 août 1903, *Gaz. Pal.*, 03. 2. 494.
(2) Demolombe, X, n. 561 *bis*.
(3) Cass., 25 juin 1877, S., 77. 1. 340, D., 78. 1. 362.
(4) Demolombe, X, n. 564.

extrêmement rare ; il n'est pas besoin que la nécessité s'impose de remplacer toutes les ardoises, ou toutes les tuiles sans exception ; il suffit que l'on soit contraint de rétablir la presque totalité de la couverture, tout en utilisant une partie des anciennes ardoises ou tuiles [1], ce sera là, dans une certaine mesure, une question de fait que l'expertise pourra résoudre. S'il s'agissait de la réfection, même en entier, d'une couverture en chaume, on devrait encore la considérer comme une grosse réparation, en ce sens que le nu propriétaire devrait supporter le prix de la main d'œuvre ; mais l'usufruitier serait tenu de fournir les matériaux, de les prendre sur les autres biens grevés d'usufruit, s'il en existait, et de se conformer ainsi aux habitudes courantes pour ces sortes de réparations, au mode ordinaire de jouissance du propriétaire [2].

676. *Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier.* En ce qui concerne les murs de clôture, nous estimons qu'ils sont à rétablir en entier *hoc sensu,* lorsqu'ils sont à refaire dans toute leur hauteur, fût-ce sur une partie seulement de leur périphérie. Les murs de clôture peuvent avoir plusieurs kilomètres de développement, et il n'arrivera guère, en pareil cas, que le mur ait besoin d'être rétabli à un moment donné dans toute sa longueur.

677. Telles sont les grosses réparations en ce qui regarde les bâtiments. La loi en donne une liste limitative ; toutes les autres sont donc d'entretien, notamment le curage des puits et des fosses d'aisance, le rétablissement des portes, des fenêtres, des parquets, des planchers [3], des plafonds, etc.

678. Maintenant, si l'usufruit porte sur une chose autre qu'un bâtiment, par exemple sur une usine, un navire ou une

[1] Aubry et Rau, II, § 231, p. 49, note 15 ; Demolombe, X, n. 565 et 566 ; Laurent, VI, n. 538.

[2] Demolombe, X, n. 567.

[3] Les arrêts que certains auteurs invoquent à l'appui d'une opinion contraire, en ce qui concerne la réfection des planchers, ont été rendus en fait dans l'hypothèse où les planchers étaient dans un état de dégradation complète lors de l'entrée en jouissance ; leur ruine provenait de la vétusté et par suite on était dans un cas où les réparations d'entretien ne sont plus à la charge de l'usufruitier. — Cass., 10 déc. 1828, S. chr., D., 29. 1. 75. — Cpr. *infra,* art. 607.

machine (1), quelle règle faudra-t-il suivre pour savoir si telle réparation est ou non d'entretien, et doit par suite être à la charge de l'usufruitier ou du propriétaire ? A défaut d'une disposition expresse de la loi, l'interprète doit se laisser guider par l'analogie des dispositions que nous venons d'analyser. D'après ce principe, on doit considérer comme grosses réparations celles qui consistent dans la *réfection* ou dans le *rétablissement* d'une partie importante de la chose, et qui sont faites par conséquent, comme le disait l'avocat général de Lamoignon, *ad perpetuam rei utilitatem;* elles sont rares, et font époque dans l'histoire de la propriété d'une chose : on les appelait aussi *viagères* dans l'ancien droit, parce que le plus souvent leur nécessité ne se présente qu'une fois pendant la vie d'un homme. On devrait, au contraire, considérer comme étant de simple entretien les réparations périodiques, peu coûteuses en général, superficielles le plus souvent, qui ont pour objet de maintenir la chose dans son état primitif sans la transformer.

En faisant application de ces idées générales, on a pu considérer comme une grosse réparation la réfection des dessous d'un théâtre; au contraire, certains auteurs regardent comme réparations d'entretien le remplacement d'une meule et même le rétablissement de l'arbre de couche ou de la roue d'un moulin, qui ont pour cause l'exploitation même, et peuvent se reproduire plusieurs fois pendant la durée de l'usufruit (2); d'autres prétendent que ce sont là de gros ouvrages, d'une importance au moins égale au rétablissement d'une poutre (3). A la vérité, un rapport d'experts renseignera plus utilement le juge sur ces sortes de difficultés que des arguments théoriques d'ordre général (4).

679. L'usufruitier n'est tenu que des réparations d'entretien qui sont une charge de sa jouissance; par conséquent, il n'est pas obligé d'exécuter les réparations dont le besoin

(1) On voit, par ces exemples, que la règle de l'art. 606 est susceptible de s'appliquer aux meubles aussi bien qu'aux immeubles.

(2) Aubry et Rau, II, p. 231, p. 497, note 17. — Orléans, 21 fév. 1821, S. chr.

(3) Demolombe, X, n. 569 *bis*.

(4) Laurent, VI, n. 540 *in fine*.

s'était déjà fait sentir à l'époque de l'ouverture de l'usufruit; elles sont en effet une charge de la jouissance antérieure. Aussi ne faut-il pas s'attacher à l'époque où le droit prend naissance, mais au moment à partir duquel l'usufruitier a droit aux fruits c'est-à-dire, dans l'hypothèse d'un legs, à partir de la délivrance, suivant une remarque déjà faite (1). Faut-il dire alors que le nu propriétaire sera tenu de les faire? Non car il n'est pas obligé de faire jouir l'usufruitier. D'ailleurs l'art. 600 dit que l'usufruitier prend les choses *dans l'état où elles sont,* donc en mauvais état, si elles sont telles. C'était la décision de Pothier (2).

Si l'usufruitier ou le nu propriétaire avaient exécuté les réparations d'entretien jugées utiles au jour de l'entrée en jouissance, ils en supporteraient les frais sans recours de part ni d'autre. L'art. 599 s'oppose à ce que l'usufruitier puisse réclamer de ce chef une indemnité.

Quant aux réparations d'entretien postérieures à l'entrée en jouissance, le nu propriétaire peut en exiger l'accomplissement avant l'extinction de l'usufruit, à la condition de ne pas entraver par des réclamations insignifiantes à cet égard la jouissance de l'usufruitier (3). Si le propriétaire avait fait exécuter à ses frais les réparations, l'usufruitier serait tenu au remboursement (4).

680. Les réparations d'entretien sont une charge de l'usufruit plutôt qu'une obligation de l'usufruitier. De là il suit que l'usufruitier pourrait s'en exonérer en faisant l'abandon de son droit d'usufruit. Et toutefois il ne se libérerait ainsi que des réparations qui sont une charge de la jouissance à laquelle il renonce, mais non de celles qui sont une charge de sa jouissance antérieure, c'est-à-dire de celles dont le besoin s'était déjà fait sentir au moment de l'abandon. Il paraît même fort douteux que l'usufruitier puisse, conformément à l'opinion de certains auteurs, se libérer de ces derniè-

(1) V. *supra,* n. 668.
(2) Pothier, *Du douaire,* n. 238.
(3) Cass., 10 janv. 1859, S., 59. 1. 225, D., 59. 1. 71; 10 déc. 1828, S. chr., D., 29. 1. 75.
(4) Demolombe, X, n. 580.

res en offrant la restitution de tous les fruits qu'il a antérieurement perçus (1). A cette règle on apporte toutefois une exception pour les réparations d'entretien occasionnées par la faute ou la négligence de l'usufruitier; celui-ci, tenu alors d'une obligation personnelle, née *quasi ex delicto,* ne peut s'en libérer en restituant les fruits perçus. D'après une opinion intermédiaire (2), l'usufruitier ne serait même pas tenu de restituer tous les fruits recueillis depuis l'ouverture de son droit, mais seulement ceux qu'il a retirés de la chose depuis que les réparations sont devenues nécessaires; en pratique, il paraîtrait assez difficile de fixer le moment précis où les réparations étaient devenues nécessaires et de déterminer ainsi la valeur des fruits à restituer. D'autre part, lorsque la nécessité des réparations apparaît, devient évidente, c'est la jouissance antérieure qui a peu à peu causé la dégradation et cependant, par un défaut de logique, on voudrait imposer seulement aux fruits postérieurement recueillis la charge des réparations. La première opinion doit ainsi être écartée et, en effet, la restitution des fruits pourrait d'abord ne pas représenter l'équivalent exact de la jouissance de l'usufruitier; car la jouissance ne comprend pas seulement le *fructus,* mais aussi l'*usus*. Et puis l'usufruitier est tenu d'une véritable *obligation* quant aux réparations correspondant à sa jouissance passée. Ce qui était auparavant une *charge de l'usufruit* est devenu désormais une *obligation de l'usufruitier*. Il ne doit pas dépendre de lui de s'y soustraire. *Nemo potest proprio facto se ab obligatione liberare* (3).

681. L'usufruitier n'est tenu que des réparations d'entretien. « Les grosses réparations », dit l'art. 605, al. 2, « demeu-

(1) Aubry et Rau, II, § 231, p. 499, note 22; Laurent, VI, n. 547.

(2) Duranton, IV, n. 623; Demante, III, n. 449 *bis*, III.

(3) La loi met l'usufruitier en présence de ce dilemme: accepter la jouissance en assumant les obligations qui en dérivent, ou se refuser au fardeau de l'obligation en abandonnant la jouissance; par le seul fait de l'entrée en jouissance, l'usufruitier est tenu des obligations corrélatives, telles qu'elles sont précisées par la loi: si l'obligation a sa source première dans un texte formel, elle a sa cause juridique dans un quasi-contrat; elle résulte d'un fait licite, l'exercice du droit d'usufruit. — V. dans le sens de l'opinion émise au texte, Demolombe, X, n. 577 et 578; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 200; Marcadé, sur l'art. 605, n. 3.

rent à la charge du propriétaire ». S'ensuit-il que le nu propriétaire soit obligé de les faire ? On l'a prétendu, mais à tort, selon nous. Cette solution, tout d'abord, semble impossible à justifier relativement aux grosses réparations, qui étaient nécessaires lors de l'ouverture de l'usufruit ; car l'art. 600 dit que l'usufruitier « prend les choses *dans l'état où elles sont* ». Et maintenant, si le propriétaire n'est pas tenu de faire les grosses réparations dont le besoin s'était fait sentir lors de l'ouverture de l'usufruit, comment pourrait-il être tenu de faire celles qui deviennent nécessaires pendant son cours ? L'art. 605 dit, il est vrai, que ces réparations *demeurent à la charge du propriétaire,* mais par là il entend simplement exprimer cette pensée que l'usufruit ne change rien à la situation du propriétaire en ce qui concerne les grosses réparations : après comme avant, il faudra qu'il les fasse, s'il veut qu'elles soient faites ; car l'usufruitier n'en est pas tenu ; mais après comme avant il est libre de ne pas les faire. Cette solution, qui était celle du droit romain, était admise dans notre ancien droit par la majorité des auteurs ; c'est la seule qui soit conforme aux principes de la matière. Le propriétaire n'est pas tenu de faire jouir l'usufruitier, mais seulement de le laisser jouir, *tenetur in non faciendo non in faciendo.* C'est violer ce principe que d'obliger le propriétaire à faire les grosses réparations (1).

On objecte qu'aux termes de l'art. 607 : « *Ni le propriétaire, ni l'usufruitier, ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit* » (2). Cet article, dit-on, est complètement inutile dans l'opinion suivant laquelle le nu propriétaire n'est pas tenu de faire les grosses réparations, tandis qu'il s'explique fort bien dans le système qui permet de contraindre le nu propriétaire à effec-

1. V. dans le sens de l'opinion émise au texte, Aubry et Rau, II, § 533, p. 506 ; Demolombe, X, n. 583, 584 et 592 ; Proudhon, IV, n. 1675 et s. ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 204 ; Marcadé, sur les art. 605 à 607, n. 1 et 2. La cour de cassation s'est prononcée également en ce sens. Cass., 10 déc. 1900, D., 01. 1. 219. — Dijon, 31 déc. 1901, D., 02. 2. 400. — Cpr. Alger, 20 mai 1886, sous Cass., 11 avril 1889, S., 89. 1. 217, D., 91. 1. 413. — Toulouse, 23 mai 1881, S., 81. 2. 141, D., 82. 2. 178.

2. V. une application de ce texte dans un arrêt de Dijon, 31 déc. 1901, précité.

tuer les réparations qui lui incombent ; c'est une exception à la règle générale posée dans l'art. 605 (1). Tel n'est pas notre avis. La reconstitution d'un bâtiment tombé de vétusté n'est pas une grosse réparation : on ne répare pas une chose qui est détruite. L'article signifie : le nu propriétaire et l'usufruitier, qui ne sont pas tenus des grosses réparations, ne sont pas tenus non plus des réfections totales ou reconstructions, et il ne fait guère ainsi que traduire ce passage de la loi 7 § 2 D., *De usuf. et quem.*, VII, I : *Si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere.*

On a cherché (2) à expliquer d'autre façon l'art. 607, au moins au regard de l'usufruitier ; le mot *rebâtir* devrait, par rapport à lui, être entendu dans le sens de *réparer* et l'art. 607 aurait pour but d'affranchir l'usufruitier des réparations d'entretien qu'aurait rendues nécessaires un état de vétusté antérieur à la constitution de l'usufruit ; l'usufruitier recevant des choses en mauvais état, usées déjà par le temps, ne serait pas responsable de leur dépérissement dû à la vétusté et même il n'aurait pas à supporter les réparations d'entretien qu'un cas fortuit aurait nécessitées. Sans doute, l'art. 607 aurait de la sorte, un sens utile ; par malheur, une telle solution n'est pas acceptable : on n'a pas, en effet, à rechercher la cause des réparations d'entretien ; il suffit qu'elles deviennent nécessaires pendant la durée de l'usufruit, pour que l'usufruitier soit tenu de les faire (3). Certes, quand il aura reçu une chose dans un état complet de vétusté, il ne sera pas contraint de la réparer ; on ne comprendrait pas une réparation d'entretien appliquée à une ruine ; mais si la chose est seulement en très mauvais état et si de légères réparations suffisent pour lui conserver l'utilité qu'elle présente encore, l'usufruitier devra faire celles qui s'imposeront au cours de l'usufruit ; par ailleurs, il importe peu que les dégradations

(1) Laurent, VI, n. 548 ; Delvincourt, I, p. 524 ; Taulier, II, p. 327 : Berriat-Saint-Prix, *Rev. crit.*, année 1861, XIX, p. 193. — Bourges, 13 juin 1843, S., 43. 2. 513.

(2) Aubry et Rau, II, § 235, p. 498, note 19.

(3) L'usufruitier, toutefois, est dispensé d'entretenir les bâtiments dont la conservation exigerait, depuis la constitution de l'usufruit, de grosses réparations que le nu propriétaire se refuse à effectuer. — Demolombe, X, n. 589.

aient pour cause un cas fortuit; la réparation d'entretien est toujours une charge des fruits; en fait, la plupart de ces réparations ont une cause inconnue ou fortuite et proviennent des effets du vent ou de la pluie, d'un accident quelconque, sans que l'usufruitier puisse, pour ce motif, s'en affranchir; c'est un aléa de la jouissance, un risque que supportent les revenus. On ne saurait donc découvrir une explication bien pratique de l'art. 607. En tout cas, mieux vaut encore prêter au législateur une disposition inutile qu'une disposition contraire aux principes (1).

682. Remarquons, en terminant, que l'art. 607 n'est pas relatif au cas d'un usufruit portant exclusivement sur un bâtiment (car alors la perte totale de ce bâtiment par l'une des causes qu'indique l'article aurait pour conséquence l'extinction de l'usufruit), mais bien au cas où l'usufruit porte sur un domaine comprenant un bâtiment qui tombe de vétusté ou périt par cas fortuit.

683. On repousse d'ordinaire (2) toute distinction entre l'usufruit constitué à titre onéreux et l'usufruit établi à titre gratuit, de sorte que le vendeur de l'usufruit d'un bien ne pourrait être contraint à faire exécuter les grosses réparations jugées nécessaires. Cette solution, toutefois, paraît contestable : si le vendeur n'est pas tenu en sa qualité de nu propriétaire, on peut, au moins, le considérer comme personnellement obligé par le contrat de vente; tout d'abord il semble qu'il soit tenu des grosses réparations indispensables au jour même du contrat, si leur nécessité n'était pas connue de l'acheteur usufruitier, puisque le vendeur doit procurer à l'acquéreur une possession utile; d'ailleurs, d'une façon générale, le vendeur doit effectuer les grosses réparations; c'est une charge qui, normalement et en vertu même de l'art. 607, incombe au nu propriétaire; celui-ci ne saurait se refuser à la subir sans manquer à la bonne foi du contrat, sans violer, en somme, son obligation de garantie; en effet, son refus d'exécuter les grosses réparations prive l'acheteur d'une par-

(1) Demolombe, X, n. 587 à 588; Proudhon, IV, n. 1665 à 1668; Ducaurroy, Bonnier, et Roustain, II, n. 203 à 205.

(2) Demolombe, X, n. 586; Proudhon, IV, n. 1670.

tic des avantages sur lesquels ce dernier avait le droit de compter, d'après la nature et la destination de la chose vendue. Les réparations offrant de l'utilité pour le nu propriétaire aussi bien que pour l'usufruitier, le refus du vendeur paraîtrait un acte de mauvaise foi; ainsi les obligations spéciales que le contrat à titre onéreux impose au vendeur permettent de contraindre celui-ci à l'accomplissement des grosses réparations.

684. On a reproché au législateur de n'avoir pas généralisé cette solution dans l'art. 605; certes les principes généraux de l'usufruit conduisent à reconnaître que le nu propriétaire n'assume pas une obligation de « faire », mais la raison, l'équité, l'intérêt général auraient pu conseiller de faire quelque peu fléchir la rigueur des principes. Le système de la loi conduit à une conséquence regrettable ; les grosses réparations, celles qui s'imposent au premier chef, celles qui présentent une utilité indéniable et mettent en jeu la conservation même de la chose, on ne saurait les exiger ni de l'usufruitier, ni du nu propriétaire, quand bien même l'immeuble risquerait de périr pendant la durée de l'usufruit. Le reproche est fondé, mais pour partie seulement. Si le nu propriétaire laisse périr l'immeuble, c'est évidemment, qu'il ne tient pas à le conserver : peut-être aurait-il agi de même s'il avait eu la pleine propriété; mais peut-être aussi a-t-il hésité à faire l'avance de frais assez lourds, sans avoir l'espérance d'en profiter un jour, surtout s'il est plus âgé que l'usufruitier; dans tous les cas, ce dernier va se trouver privé de la jouissance de la chose par la faute ou la négligence du nu propriétaire. Mais, ici, l'objection se réduit aisément; si l'usufruitier trouve trop sensible la privation de jouissance, il est libre d'effectuer lui-même la grosse réparation. En définitive, la loi laisse au nu propriétaire comme à l'usufruitier le soin de voir ce qui convient le mieux à leurs intérêts : le nu propriétaire n'hésitera pas à faire la dépense des grosses réparations, si la chose a encore une valeur appréciable et si l'extinction de l'usufruit ne lui semble pas trop éloignée ; au contraire, devant le refus du nu propriétaire, l'usufruitier se résoudra sans doute à exposer les frais indispensables, si sa jouissance doit durer

longtemps encore. Le législateur pouvait donc laisser à chacun des intéressés la liberté du parti à prendre, il aurait dû seulement se préoccuper de régler les conséquences qui pouvaient à la fin de l'usufruit découler des réparations effectuées. Aussi le silence de la loi a-t-il soulevé, à cet égard, une assez grave difficulté.

685. Supposons, tout d'abord, que le propriétaire ait consenti à effectuer les grosses réparations devenues nécessaires; il ne pourra, sans aucun doute, les réparations étant à sa charge, exiger de l'usufruitier le remboursement des impenses; aurait-il au moins le droit de réclamer la bonification des intérêts de ces impenses? En législation, la solution affirmative paraîtrait la meilleure et l'on eût pu, avec raison, étendre aux grosses réparations la décision de l'art. 609 [1]; mais le texte de l'art. 605, qui, sans restriction ni réserve aucune, met les grosses réparations à la charge du nu propriétaire, s'oppose à ce qu'on puisse considérer cette solution comme étant celle du code [2].

Si, au contraire, l'usufruitier a fait exécuter les grosses réparations et les a payées, une opinion aujourd'hui dominante en doctrine et en jurisprudence lui permet de réclamer, lors de l'extinction de l'usufruit, une indemnité au nu propriétaire [3]. Cette solution, à première vue, semble assez difficile à concilier avec celle qui refuse à l'usufruitier le droit de contraindre le nu propriétaire aux réparations; n'est-ce pas lui accorder indirectement ce qu'on lui refuse d'exiger directement? Le

[1] Il faudrait toutefois imposer au nu propriétaire l'obligation de faire constater, avant de les entreprendre, la nécessité des grosses réparations.

[2] En ce sens Demolombe, X, n. 596; Laurent, VI, n. 549; Proudhon, III, n. 1697. — *Contra* Delvincourt, I, p. 150, n. 8; Marcadé, sur l'art. 605, n. 2.

[3] V. Aubry et Rau, II, § 235, p. 523; Demolombe, X, n. 591; Proudhon, III, n. 1635; Marcadé, sur l'art. 605, n. 1. — Cass., 29 juin 1835, S., 36. 1. 34. — Toulouse, 9 fév. 1865, S., 65. 2. 160, D., 65. 2. 19; 23 mai 1881, S., 81. 2. 141, D., 82. 2. 178. — *Contra* Bourges, 13 juin 1843, S., 43. 2. 513, D., 43. 4. 246. — Coulon, *Quest. de droit*, I, p. 267. On ne doit pas tenir compte ici des auteurs qui accordent à l'usufruitier le droit de contraindre le nu propriétaire à effectuer les réparations; *a fortiori* ils permettent à l'usufruitier qui a effectué les réparations aux lieu et place du nu propriétaire de réclamer une indemnité et, logiquement, ils admettent en outre que cette indemnité peut être demandée avant l'extinction de l'usufruit et qu'elle doit être égale au montant des dépenses effectuées. — V. Laurent, VI, n. 550.

législateur a eu tort, peut-être, de ne pas prévoir cette difficulté ; il aurait pu admettre une solution analogue à celle de l'art. 609 mais, à défaut d'une règle expressément posée, comment justifier le droit reconnu à l'usufruitier ? Cependant les principes généraux fournissent une explication suffisante : l'usufruitier, qui a payé les grosses réparations, a rendu service au nu propriétaire et sauvegardé en même temps ses intérêts propres ; il aura, par suite, un recours contre le nu propriétaire dans la mesure de l'enrichissement procuré à ce dernier, lors de la restitution de la chose, après l'extinction de l'usufruit. Ni l'art. 599, ni l'art. 605 ne mettent obstacle à l'application de cette règle générale d'équité : nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui ; en effet, les grosses réparations ont le caractère d'impenses nécessaires ; on ne saurait les considérer comme des *améliorations*, comme des impenses utiles. Ces principes conduisent aux conséquences suivantes : l'indemnité ne pourra être réclamée qu'à l'extinction de l'usufruit ; à cette époque seulement on saura si le propriétaire a retiré quelque profit, quelque enrichissement des réparations effectuées, et quel est le quantum de cet enrichissement ; l'art. 605 est respecté ; en effet on n'oblige pas le nu propriétaire, sous la forme d'une demande en indemnité, à payer les grosses réparations ; on lui réclame seulement le profit qu'il a réalisé, c'est une action *de in rem verso* que l'on exerce ; aussi l'indemnité due n'est pas égale au montant total des impenses et l'usufruitier n'a droit qu'à la plus-value encore existante au moment où l'indemnité devient exigible, à l'expiration de l'usufruit (1) ; si, à cette époque, toute utilité s'est effacée, si les réparations faites ont disparu par cas fortuit ou autrement ; si, après un usage prolongé, elles sont, à nouveau, devenues nécessaires, l'usufruitier ne pourra rien réclamer. En d'autres

(1) On a cependant soutenu une opinion d'après laquelle l'usufruitier aurait droit au remboursement intégral de son impense. Proudhon, III, n. 1694. — Douai, 2 déc. 1834, S., 35. 2. 29 ; mais cette solution, très logique pour ceux qui accordent à l'usufruitier le droit de contraindre le nu propriétaire aux réparations, paraît difficile à justifier dans le système adverse auquel se rallie Proudhon ; seule la règle d'équité qui sert de base à l'action *de in rem verso* explique la recevabilité d'une action exercée par l'usufruitier pour obtenir le remboursement de la plus-value.

termes, les réparations par lui effectuées demeurent à ses risques et périls; il en a pris l'initiative pour la sauvegarde de sa jouissance, il en a profité pendant toute la durée de son droit, sans que peut-être il en subsiste aucun avantage pour le nu propriétaire; c'est, en définitive, la solution la plus conforme à l'esprit de l'art. 605, lequel laisse à chacun la liberté de prendre le parti qui paraît le plus profitable à ses intérêts. Du reste, pour éviter les difficultés que la demande d'indemnité fera surgir et les contestations inévitables du nu propriétaire, la prudence conseillera à l'usufruitier de faire constater contradictoirement avec le nu propriétaire la nécessité des réparations et leur caractère, et de demander, au besoin, à la justice l'autorisation d'exécuter les travaux déterminés par expertise (1).

686. L'usufruitier a-t-il, pour le recouvrement de l'indemnité qui lui est due, un droit de rétention? On a déjà rencontré une difficulté analogue à propos des constructions élevées sur le terrain d'autrui : il convient également d'en renvoyer l'examen aux développements que comporte la théorie générale du droit de rétention (2). En tout cas il est impossible d'accorder à l'usufruitier un privilège proprement dit de façon à lui assurer, par préférence aux créanciers hypothécaires, le paiement de l'indemnité sur le prix de la nue propriété (3).

687. En résumé, l'usufruitier n'est tenu que des réparations d'*entretien* dont le besoin se fait sentir pendant la durée de sa jouissance. Quant aux autres réparations, quelles qu'elles soient, ni le propriétaire ni l'usufruitier ne sont tenus de les faire ; elles *demeurent* à la charge du propriétaire, en ce sens que la situation du propriétaire relativement à ces réparations continue d'être pendant l'usufruit ce qu'elle était auparavant ; il aura donc le droit de faire ou de ne pas faire ces réparations, sauf à voir la chose périr s'il ne les fait pas. D'ailleurs, le titre constitutif de l'usufruit pourrait déroger à ces principes, soit en mettant les réparations d'entretien à

(1) Cass., 29 juin précité. — Toulouse, 9 fév. 1865, précité.
(2) V. *Tr. des priv. et des hyp.*, p. 186.
(3) *Contra* Amiens, 23 fév. 1821, S. chr.

la charge du nu propriétaire, soit en mettant les grosses réparations à la charge de l'usufruitier.

Les juges devront alors interpréter, non plus l'art. 605, mais le contrat, l'acte juridique, la volonté et l'intention des parties, pour savoir si l'usufruitier a le droit d'obliger le nu propriétaire à effectuer les réparations d'entretien mises à la charge de ce dernier, ou si lui-même se trouvera contraint de faire les grosses réparations que le titre lui impose. En général, il semblera plus conforme à l'esprit de l'acte juridique d'accorder cette action soit à l'usufruitier, soit au nu propriétaire ; il est probable, en effet, que les parties ont voulu l'accomplissement effectif des réparations et imposer, dans ce but, une obligation véritable à l'un ou à l'autre des deux intéressés.

D'un autre côté, l'usufruitier serait tenu des grosses réparations qui seraient occasionnées par le défaut de réparations d'entretien depuis l'ouverture de l'usufruit (art. 605) et généralement de toutes les grosses réparations qui seraient devenues nécessaires par sa faute.

B. *L'usufruitier doit supporter toutes les charges imposées sur le revenu du bien soumis à l'usufruit.*

688. « *L'usufruitier est tenu, pendant sa jouissance, de* » *toutes les charges annuelles de l'héritage, telles que les con-* » *tributions et autres qui, dans l'usage, sont censées charges* » *des fruits* » (art. 608).

= *Telles que les contributions.* L'usufruitier est personnellement débiteur envers l'Etat des contributions dues à raison du fonds grevé d'usufruit (contribution foncière, contribution des portes et fenêtres). Aussi est-ce son nom qui doit figurer sur les rôles et non celui du propriétaire. Il en est autrement du fermier, qui ne peut être tenu de payer les contributions qu'en vertu d'une clause du bail : cette clause le rend débiteur des contributions envers le propriétaire et non envers l'Etat ; aussi est-ce le nom du propriétaire qui figure alors sur les rôles et le fermier paie pour le compte de celui-ci.

L'usufruitier ne doit pas seulement payer les contributions ordinaires perçues au profit de l'Etat, mais aussi les centimes additionnels affectés aux dépenses des départements et des

communes, alors même que ces impôts auraient été établis d'une façon temporaire et depuis l'ouverture de l'usufruit (1).

689. = *Et autres qui sont censées charges des fruits.* Telles sont les dépenses relatives au passage des troupes, à la réparation des chemins, au curage des cours d'eau non navigables (L. 8 avril 1898, art. 18 à 29).

Le plus souvent les charges qui sont imposées sur le revenu sont *annuelles,* et c'est pour cela que la loi statuant *de eo quod plerumque fit,* les désigne ici sous ce nom. Mais l'usufruitier devrait les supporter, alors même qu'elles n'auraient pas ce caractère, comme il arriverait pour les frais du curage d'un cours d'eau non navigable qui borde ou traverse le fonds grevé d'usufruit.

690. Les intérêts des capitaux, les arrérages des rentes, qui étaient dus par le constituant, sont des dettes grevant le patrimoine de celui-ci, et on doit leur appliquer non les dispositions de l'art. 609, mais celles des art. 610 à 612.

691. Les contributions et autres charges qui leur sont assimilées constituent des fruits civils passifs dont l'usufruitier devient débiteur jour par jour, de même qu'il acquiert jour par jour les fruits civils actifs. C'est ce qui résulte des mots *pendant la durée de sa jouissance,* qui signifient proportionnellement à cette durée.

D'ailleurs l'usufruitier supporte les charges prévues par l'art. 608, sans qu'il y ait à distinguer si, en fait, il a ou non perçu les fruits naturels et industriels pendant la durée de l'usufruit (2).

C. *L'usufruitier doit contribuer avec le propriétaire aux charges qui sont établies sur la propriété pendant la durée de l'usufruit.*

692. Comme exemple de ces charges, on peut citer un emprunt forcé, une contribution de guerre prélevée par une

(1) On s'est demandé si l'impôt des 45 centimes établi par le décret du 16 mars 1848 rentrait sous l'application de notre article ou dans les prévisions du texte suivant; malgré son caractère exceptionnel, extraordinaire et imprévu, on devait le considérer comme un impôt incombant à l'usufruitier plutôt que comme une charge grevant la propriété. V. Aubry et Rau, II, § 231, p. 500, note 23. — *Contra* Demolombe, X, n. 601.

(2) Demolombe, X, n. 605 et 607; Laurent, VII, n. 3.

armée ennemie en cas d'invasion (c'est une rançon imposée à la propriété), l'indemnité due aux entrepreneurs pour prix de dessèchements de marais, ordonnés par le gouvernement (L. 16 septembre 1807), les frais d'établissement de trottoirs pour la portion que la loi du 7 juin 1845 impose au propriétaire (1), ceux de la clôture forcée ou du bornage requis par le voisin (2) ; on place aussi parfois sur la même ligne le prix de vente remboursé à l'acquéreur après l'exercice d'un réméré ou d'une action soit en nullité, soit en rescision pour cause de lésion (3). Cette solution toutefois semble douteuse, car il ne s'agit pas d'une charge *imposée*, nécessaire, mais des conséquences attachées au libre exercice d'un droit. Il est certain, en revanche, que le droit de mutation par décès, relatif à la transmission de la nue propriété, n'est pas dû par l'usufruitier, lequel est tenu seulement d'acquitter le droit afférent à la mutation de l'usufruit ; les héritiers seuls doivent supporter cette dette qui leur est personnelle et ils ne sauraient exiger la vente d'une partie des biens en pleine propriété pour le paiement de ce droit de mutation; en conséquence, si l'usufruitier en avait fait l'avance, il pourrait exiger des héritiers le remboursement immédiat (4). Ces charges et autres semblables, par cela seul qu'elles sont imposées à la propriété, doivent nécessairement nuire au nu propriétaire et à l'usufruitier, puisqu'ils ont l'un et l'autre une partie de la propriété, l'usufruit étant *pars quædam dominii*.

Reste à savoir comment ces charges seront réparties entre le propriétaire et l'usufruitier, ou en d'autres termes dans quelles proportions chacun devra y *contribuer*. L'usufruitier en supportera pendant la durée de l'usufruit la jouissance passive (représentée par les intérêts du capital qu'il faut sacrifier pour acquitter la charge); c'est la contre-partie de son droit de jouissance active. Le surplus sera au compte du proprié-

(1) Aubry et Rau, II, § 231, p. 501.

(2) Paris, 27 mai 1876, sous Cass., 25 juin 1877, S., 77. 1. 340, D., 78. 1. 362. — Aubry et Rau, II, § 231, p. 500.

(3) Laurent, VII, n. 8 et 9.

(4) Cass., 9 juin 1812, S. chr.; 3 avril 1866, S., 66. 1. 223, D., 66. 1. 149. — Paris, 4 avril 1811, S. chr. — Douai, 16 novembre 1834, S., 35. 2. 29. Aubry et Rau, II, § 232, p. 505; Laurent, VII, n. 13.

taire. Maintenant l'art. 609 indique un double moyen pour arriver, au point de vue pratique, à cette contribution ou répartition : « *A l'égard des charges qui peuvent être impo-* » *sées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit, l'usu-* » *fruitier et le propriétaire y contribuent ainsi qu'il suit :* — » *Le propriétaire est obligé de les payer, et l'usufruitier doit* » *lui tenir compte des intérêts.* — *Si elles sont avancées par* » *l'usufruitier, il a la répétition du capital* [sans intérêts] *à* » *la fin de l'usufruit* ».

693. Sur quoi trois observations :

a. Le nu propriétaire seul est *obligé* de payer les charges dont il s'agit : l'avance dont parle notre article est facultative pour l'usufruitier.

Certains auteurs (1) accordent à l'usufruitier le droit d'exiger un remboursement immédiat du nu propriétaire dans le cas où il aurait manifesté l'intention formelle de payer aux lieu et place de ce dernier et non en vertu de l'art. 609 ; mais cette solution paraît contraire au texte de l'article qui ne laisse soupçonner aucune distinction.

b. Le nu propriétaire étant seul débiteur, les biens de l'usufruitier ne pourront pas être saisis pour le paiement de la charge. L'usufruitier pourrait donc s'opposer à ce qu'une partie de la pleine propriété fût vendue ; car on vendrait ainsi son bien (son usufruit) pour le paiement d'une dette qui n'est pas la sienne. La nue propriété seule pourra être saisie et vendue. Et toutefois l'art. 612 fait naître des doutes sérieux sur l'exactitude de cette solution.

Une restriction fondée sur un motif d'équité s'impose : Les tribunaux pourraient autoriser la vente d'une partie du fonds soumis à l'usufruit, si le nu propriétaire était sans ressources et si l'usufruitier se refusait à faire l'avance de l'argent ; l'usufruitier, en effet, pour s'opposer à cette mesure, n'aurait aucune raison, aucun intérêt sérieux ; il serait impossible d'accueillir un refus dicté par le seul désir mauvais de mettre obstacle à un paiement légitime (2).

(1) Demolombe, X, n. 617 ; Duranton, IV, n. 625.

(2) Aubry et Rau, II, § 231, p. 500, note 28 ; Demolombe, X, n. 615 ; Marcadé, sur l'art. 609, n. 1 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 207. — *Contra* Laurent, VII, n. 10.

c. L'usufruitier ne serait pas obligé de contribuer aux charges qui auraient été imposées à la propriété avant l'ouverture de l'usufruit (arg. des mots *pendant la durée de l'usufruit*).

On doit considérer plutôt l'époque de l'exigibilité des charges que la date de leur établissement ; si, par exemple, un emprunt forcé de 400 fr. payable par semestres, avait été imposé avant l'ouverture de l'usufruit, l'usufruitier devrait, conformément à l'art. 609, contribuer au paiement du semestre échu depuis l'ouverture de son droit (1).

D. *L'usufruitier universel ou à titre universel doit supporter pendant toute la durée de l'usufruit et proportionnellement à l'importance de son droit, les revenus passifs du patrimoine sur lequel porte son droit de jouissance. — Cette charge n'est imposée en aucun cas à l'usufruit à titre particulier.*

694. L'usufruit *universel* ou à *titre universel* est celui qui porte sur le patrimoine considéré comme universalité, *universum patrimonium, universæ res.* Ainsi un testateur a légué l'usufruit de tous ses biens, c'est un *usufruit universel.* S'il a légué l'usufruit d'une partie aliquote de son patrimoine, comme la moitié ou le tiers, nous sommes en présence d'un usufruit à *titre universel,* et il en est de même si l'usufruit légué porte sur tous les immeubles du testateur, ou sur tous ses meubles, ou sur une quote-part de ses immeubles ou de ses meubles (arg. art. 1010). Tout autre usufruit est *à titre particulier,* par exemple l'usufruit d'un immeuble déterminé, d'une somme d'argent.

Cela posé, l'usufruitier universel ou à titre universel doit supporter, proportionnellement à l'importance de son droit, les revenus passifs du patrimoine sur lequel porte son usufruit (2). Ainsi un testateur a légué l'usufruit de tous ses biens à Paul (c'est un cas d'usufruit universel, comme on vient de le voir) ; il laisse à sa mort un patrimoine de 100.000 fr., et il

(1) Demolombe, X, n. 611 ; Laurent, VII, n. 7 ; Proudhon, IV, n. 1860 et 1861.

(2) L'usufruitier ne supporte que ce qui peut être considéré comme une charge des fruits ; dans le cas d'un emprunt stipulé remboursable par annuités, l'usufruitier n'est tenu que de la partie des annuités afférente au service des intérêts et non de celle affectée à l'amortissement. Cass., 20 juillet 1897, D., 99. 1. 17.

se trouve débiteur d'une rente perpétuelle dont les arrérages sont de 1.000 fr. par an. Paul, qui va jouir de tous les biens du défunt, paiera pendant toute la durée de son usufruit les arrérages de la rente. Ce sont des revenus passifs : ils doivent tout naturellement être à la charge de celui qui recueille tous les revenus actifs. Si Paul, au lieu d'être légataire de l'usufruit de tous les biens, n'est légataire que de l'usufruit de la moitié, auquel cas il est usufruitier à titre universel, il devra payer pendant toute la durée de l'usufruit les arrérages de la rente pour la moitié.

Au contraire, l'usufruitier à titre particulier demeure complètement étranger aux dettes qui grèvent le patrimoine dont fait partie le bien soumis à l'usufruit. Ainsi un testateur a légué l'usufruit de sa maison, ou d'une somme de 20.000 fr. Le légataire ne supportera pour aucune part, même quant aux intérêts, les dettes de la succession du testateur.

La double proposition, que nous venons de formuler, est sous-entendue dans les art. 610 à 612, qui en contiennent des applications. Elle n'est d'ailleurs qu'une conséquence de la règle *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est,* qui signifie que les dettes sont une charge du patrimoine considéré comme une universalité (*universum patrimonium*, *universæ res*), et non des objets particuliers qui le composent (*certæ res*). De là il résulte que les dettes doivent être supportées par ceux qui recueillent le patrimoine, qui succèdent à l'universalité en tout ou en partie, par les successeurs *universels* ou *à titre universel,* comme on dit, et non par les successeurs *à titre particulier,* c'est-à-dire par ceux qui succèdent à des objets particuliers dépendant du patrimoine, *certæ res*. La loi, qui fait ailleurs l'application de cette règle à ceux qui recueillent le patrimoine en propriété, l'applique ici à ceux qui le recueillent en jouissance seulement. Et logiquement il devait en être ainsi. Le droit de l'usufruitier universel ou à titre universel porte sur l'universalité juridique qui constitue le patrimoine, c'est-à-dire sur les biens diminués des dettes : *non sunt bona nisi deducto ære alieno*. L'usufruitier universel ou à titre universel ne doit donc pas demeurer étranger aux dettes ; autrement il jouirait de

plus que ne comprend le patrimoine ou la portion du patrimoine sur laquelle porte son droit.

695. D'ailleurs les parties majeures et maîtresses de leurs droits peuvent déroger aux dispositions de la loi sur ce point, et leurs conventions à cet égard sont souverainement interprétées par le juge du fait (1).

Le testateur pourrait aussi modifier la contribution indiquée par les art. 610 et 612, imposer tout le fardeau des dettes, capital et intérêts, à ses héritiers, ou, au contraire faire supporter à l'usufruitier une charge plus lourde que celle qui résulte pour lui de l'application de nos articles.

696. Entrons maintenant dans les détails, et parcourons les diverses applications que la loi a faites des principes qui viennent d'être exposés, soit à l'usufruitier universel ou à titre universel, soit à l'usufruitier à titre particulier.

1° *Usufruitier universel ou à titre universel.*

697. Nous répétons que l'usufruitier universel supporte *pour le tout* les revenus passifs du patrimoine dont il a l'usufruit, et l'usufruitier à titre universel *proportionnellement à l'importance de son droit.* Nous trouvons deux applications de ce principe dans les art. 610 et 612.

698. PREMIÈRE APPLICATION. « *Le legs fait par un testateur* » *d'une rente viagère ou pension alimentaire, doit être ac-* » *quitté par le légataire universel de l'usufruit dans son inté-* » *grité, et par le légataire à titre universel de l'usufruit dans* » *la proportion de sa jouissance, sans aucune répétition de* » *leur part* » (art. 610) (2).

Un testateur a légué à Pierre l'usufruit de tous ses biens, et à Paul une rente viagère de 1.000 fr. ou une pension alimentaire de pareille somme. Pierre, usufruitier universel,

(1) Cass., 20 octobre 1890, D., 91. 1. 271.

(2) La loi appelle à tort légataire *universel* celui auquel a été fait un legs d'usufruit portant sur l'universalité des biens du testateur, et légataire *à titre universel* celui auquel a été légué l'usufruit d'une quote part de cette même universalité. On verra sous l'art. 1010 que tout legs d'usufruit est *à titre particulier.* L'art. 612 s'exprime en termes plus exacts, quand il parle d'un usufruitier universel ou à titre universel, en considérant plutôt l'étendue de l'usufruit que celle du legs qui lui a été fait. Amiens, 15 nov. 1892, D., 93. 2. 314.

paiera, pendant toute la durée de son usufruit, les arrérages de la rente ou de la pension, sans pouvoir exercer aucune répétition de ce chef contre le nu propriétaire. Il les paierait pour la moitié ou pour le tiers, s'il n'était le légataire que de l'usufruit de la moitié ou du tiers des biens. En effet les arrérages d'une rente viagère ou d'une pension alimentaire sont des revenus passifs, qui doivent venir en déduction des revenus actifs, et, par suite, être à la charge de ceux qui recueillent à titre universel les revenus actifs, et proportionnellement à la part pour laquelle il les recueillent. — Notre article, qui considère les arrérages des rentes viagères passives comme des revenus passifs, des fruits civils passifs, est la contre-partie de l'art. 588, qui considère les arrérages des rentes viagères actives comme des revenus actifs.

Par application de l'art. 610, la cour de cassation a jugé avec raison qu'un mari, donataire par contrat de mariage d'une rente viagère de 15.000 fr. et légataire de l'usufruit du quart des biens de sa femme, doit en cette dernière qualité supporter le paiement du quart des arrérages de la rente viagère qui se trouve ainsi éteinte par confusion pour un quart (1).

La disposition de l'art. 610 ne s'applique pas seulement aux rentes créées en même temps que l'usufruit, mais aussi aux rentes viagères, perpétuelles ou foncières, dont le testateur était personnellement tenu; l'usufruitier en doit payer les arrérages dans la proportion de sa jouissance.

699. SECONDE APPLICATION. — Elle est contenue dans l'art. 612, qui règle la portion contributive de l'usufruitier universel ou à titre universel dans les dettes *exigibles* dont est grevé le patrimoine soumis à son droit d'usufruit. Ce règlement est un peu plus compliqué que celui des dettes non exigibles, dont nous venons de parler.

Avant de donner le texte de l'art. 612, qui serait difficilement compris sans quelques explications préalables, prenons une espèce qui permettra de mieux saisir l'application qu'il formule. Un testateur a légué l'usufruit de tous ses biens; il

(1) Cass., 14 août 1889, S., 91. 1. 372.

laisse 100.000 fr. d'actif et 20.000 fr. de passif. La jouissance active de l'usufruitier s'appliquant à tous les biens, il doit, comme contre-partie, supporter la jouissance passive de toutes les dettes. Pour arriver à ce résultat, on aperçoit trois moyens.

700. *Premier moyen.* — L'usufruitier fera de ses deniers l'avance de la somme de 20.000 fr. nécessaire au paiement des dettes, et ce capital lui sera remboursé sans intérêts, par le propriétaire à la fin de l'usufruit; de sorte que, en déduisant le capital dont l'usufruitier se prive momentanément, et dont il supporte par conséquent la jouissance passive, du capital dont il conserve la jouissance active, on trouve qu'en définitive il lui reste la jouissance nette d'un capital de 80.000 fr. (100.000 — 20.000 = 80.000) : ce qui est très juste, car autrement l'usufruitier jouirait de plus que n'a laissé le défunt, puisque celui-ci ne possédait que 80.000 fr. d'actif net.

Lorsque l'usufruitier a recours à ce procédé, il ne peut exiger le remboursement qu'à la fin de l'usufruit; par suite la prescription ne court contre lui qu'à partir de la même époque, et non à compter du moment où la créance est née (1); du reste le remboursement du capital avancé devient exigible quelle que soit la cause d'extinction, dans le cas même où l'usufruitier renoncerait à son droit (2).

L'usufruitier, qui a payé la dette des héritiers, dont il était tenu lui-même pour partie, subrogé de plein droit dans les actions, privilèges et hypothèques des créanciers remboursés, pourra faire valoir ces garanties à la fin de l'usufruit (3). On admet aussi que les intérêts du capital avancé courent de plein droit contre le nu propriétaire à partir de l'extinction de l'usufruit et non pas seulement du jour de la demande (4) : mais cette dérogation au principe posé dans l'art. 1153 nous paraît inacceptable : où est le texte formel qui fait courir les intérêts de plein droit?

(1) Demolombe, X, n. 536.
(2) Demolombe, X, n. 537. — Colmar, 18 mars 1853, D., 53. 2. 131.
(3) Proudhon, IV, n. 1907. — *Contra* Laurent, VII, n. 31.
(4) Cass., 23 avril 1860, S., 61. 1. 544, D., 60. 1. 228 ; Demolombe, X, n. 536 *bis*; Laurent, VII, n. 30.

L'usufruitier n'a droit au remboursement à la fin de l'usufruit, que s'il a payé une dette exigible à cette époque ou auparavant ; s'il avait par anticipation éteint une créance dont le paiement ne pouvait être exigé qu'après l'extinction de l'usufruit, il faudrait attendre, pour demander le remboursement, l'époque marquée par l'échéance de sa dette (1) ; le nu propriétaire lui tiendrait compte seulement des intérêts courus depuis l'extinction de l'usufruit. Comme conséquence de la règle posée, l'usufruitier n'est pas autorisé à rembourser le capital d'une rente foncière ou constituée ; puisque le crédi-rentier ne peut jamais exiger le rachat de la rente, il doit se contenter d'en servir les arrérages, conformément à l'art. 610 ; si, en fait, il avait racheté la rente, il ne pourrait, après l'extinction de l'usufruit, exiger du nu propriétaire que le paiement des arrérages ; le contrat passé par l'usufruitier équivaudrait à une cession de la rente à son profit.

701. *Deuxième moyen.* Le propriétaire paiera les dettes, et l'usufruitier lui servira pendant la durée de l'usufruit les intérêts de la somme de 20.000 fr. qui en représente le montant : ce qui revient au même que de priver l'usufruitier, comme dans l'hypothèse précédente, d'un capital de 20.000 fr. dont il fait l'avance, et dont il est remboursé sans intérêts à la fin de l'usufruit. On conçoit en effet que si l'usufruitier possède personnellement un capital de 20.000 fr. c'est la même chose pour lui de placer le capital à 4 °/₀ et de payer chaque année au propriétaire pendant toute la durée de l'usufruit les 800 fr. d'intérêts qu'il retirera de ce placement, ou de sacrifier ce capital pour payer les dettes et n'en être remboursé qu'à la fin de l'usufruit sans intérêts.

C'est pourquoi l'usufruitier doit toujours les intérêts légaux de la somme déboursée par le nu propriétaire, sans qu'il y ait à distinguer si la dette éteinte portait ou non elle-même (2) intérêt et si les intérêts étaient supérieurs ou inférieurs au taux légal. Il faut supposer toutefois que le nu propriétaire a payé à l'échéance ; s'il avait devancé l'exigibilité de la dette,

(1) Demolombe, X, n. 538.
(2) Toulouse, 9 septembre 1833, S., 34. 2. 362; Demolombe, X, n, 539.

l'usufruitier devrait seulement les intérêts de cette dette, s'ils étaient inférieurs au taux légal; si la dette n'était pas productive d'intérêts, il ne devrait rien jusqu'à l'échéance; si les intérêts stipulés étaient supérieurs au taux légal, il ne serait pas contraint de les payer au taux convenu, à moins que le nu propriétaire ait voulu seulement acquérir la créance et non éteindre la dette. Ces intérêts, en tout cas, sont dus au nu propriétaire à partir du paiement par lui fait; ce n'est pas là une dérogation véritable à l'art. 1153 C. civ.; les intérêts à rembourser constituent l'objet propre de la dette imposée à l'usufruitier.

702. *Troisième moyen.* On emploiera jusqu'à due concurrence les biens soumis au droit d'usufruit, ou leur prix, pour payer les dettes; il restera 80.000 fr. dont l'usufruitier jouira pendant toute la durée de l'usufruit. Ce qui revient, quant au résultat final, au même que les deux premiers procédés.

Le nu propriétaire a seul le droit de recourir à ce troisième procédé; à lui seul appartiennent la faculté de provoquer la vente, l'initiative de cette mesure; s'il se refuse à en user, l'usufruitier sera contraint de payer les intérêts du capital dû (1). Si le nu propriétaire a seul l'initiative, il n'a pas le droit exclusif de déterminer les biens qui seront vendus; à cet égard l'usufruitier doit être consulté, et, si un dissentiment existe, il appartiendra au tribunal de faire la désignation (2). Lorsque l'on trouvera dans la succession de celui qui a constitué l'usufruit des sommes suffisantes pour le paiement des dettes, il n'y aura pas lieu de vendre la toute propriété des immeubles, quand bien même on aurait reconnu l'impossibilité de les partager en nature entre les héritiers (3). Le nu propriétaire ne pourrait non plus exiger la vente en vue du rachat des rentes ou du paiement de dettes non exigibles; il n'y aurait, en pareil cas, aucun moyen de contraindre l'usufruitier à subir l'aliénation en pleine propriété des immeubles grevésdu' sufruit (4).

(1) Cass., 9 juill. 1855, D., 55. 1. 385.
(2) Caen, 13 juillet 1858, D., 59. 2. 25; Demolombe, X, n. 540; Laurent, VII, n. 32.
(3) Orléans, 8 déc. 1881, S., 83. 2. 113.
(4) Caen, 8 déc. 1870, S., 71. 2. 97, D., 71. 5. 458. — Du reste l'usufruitier est

En résumé, voici l'ordre dans lequel il convient de recourir aux trois procédés indiqués. Le nu propriétaire reste toujours maître de recourir au second et de payer la dette de ses deniers; sinon l'usufruitier a toute liberté de faire l'avance des sommes dues, mais sans pouvoir y être contraint. Lorsque l'usufruitier offre cette avance, le nu propriétaire ne saurait imposer le troisième procédé, ni exiger la vente; il n'a que la ressource de payer lui-même, s'il veut empêcher l'avance proposée; enfin, lorsque l'usufruitier ne veut pas désintéresser les créanciers, le nu propriétaire a le droit de demander l'aliénation en pleine propriété des biens soumis à l'usufruit; il n'est pas tenu de prendre sur ses propres capitaux pour le paiement de la dette.

703. Modifions un peu l'espèce qui a servi jusqu'ici. Comme tout à l'heure, le testateur laisse un actif de 100.000 fr. et un passif de 20.000 fr., mais il a légué seulement l'usufruit de tous ses immeubles : ce qui est un cas particulier d'usufruit à titre universel. Par hypothèse, les immeubles de la succession valent 50.000 fr., et les meubles, par conséquent, pareille somme. Les immeubles grevés d'usufruit représentent donc en valeur la moitié des biens de la succession, et le cas est le même que si le testateur avait légué l'usufruit de la moitié de ses biens. Par suite, l'usufruitier devra, pendant toute la durée de son usufruit, supporter la jouissance passive de la moitié des dettes, égale à 10.000 fr., résultat que l'on obtiendra à l'aide de l'un des trois moyens indiqués tout à l'heure. Il faudrait répéter tout ce que nous venons de dire, en abaissant tous les chiffres de moitié.

704. On va comprendre maintenant l'art. 612, dont la rédaction est défectueuse à plus d'un point de vue. « *L'usufruitier » ou universel ou à titre universel, doit contribuer avec le » propriétaire au paiement des dettes, ainsi qu'il suit : — On » estime la valeur du fonds sujet à usufruit; on fixe ensuite la*

libre de retarder l'exigibilité des dettes et par conséquent leur paiement au moyen de conventions d'atermoiement, pourvu que ces conventions ne soient pas de nature à causer préjudice au nu propriétaire; par suite ce dernier n'est pas fondé à réclamer la vente des biens, sous prétexte d'opérer un paiement qui n'est pas demandé et auquel il n'a pas intérêt. Cass., 30 avril 1895, D., 95. 1. 465.

» *contribution aux dettes à raison de cette valeur. — Si l'usu-*
» *fruitier veut avancer la somme pour laquelle le fonds doit*
» *contribuer, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit,*
» *sans aucun intérêt. Si l'usufruitier ne veut pas faire cette*
» *avance, le propriétaire a le choix, ou de payer cette somme,*
» *et, dans ce cas, l'usufruitier lui tient compte des intérêts*
» *pendant la durée de l'usufruit, ou de faire vendre jusqu'à*
» *due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit* ».

Notre article s'exprime en termes fort inexacts, quand, voulant indiquer comment se détermine la part contributoire de l'usufruitier dans les dettes, il nous dit dans son alinéa 2 : « *On estime la valeur du fonds sujet à usufruit ; on fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur* ».

D'abord les mots *du fonds sujet à usufruit* semblent faire allusion au cas où l'usufruit porterait sur un fonds déterminé, ce qui serait le cas d'un usufruit à titre particulier, tandis qu'il s'agit d'un usufruit universel ou à titre universel. A moins qu'on ne dise, avec Demante, que le mot *fonds* n'est pas ici la traduction du mot *fundus*, mais qu'il désigne la masse des biens sur laquelle l'usufruit s'établit.

705. Le code a tranché la controverse soulevée dans l'ancien droit : on doit estimer la valeur des biens soumis à l'usufruit et non pas le droit d'usufruit lui-même. Ainsi, en toute hypothèse, le titulaire d'un usufruit universel est tenu de rembourser les intérêts de la totalité des sommes payées aux créanciers par le nu propriétaire ; son obligation n'est pas restreinte au paiement d'une quote-part de ces intérêts, d'après la valeur ou l'estimation de l'usufruit (1).

706. L'estimation dont parle notre texte ne sera pas nécessaire, comme il paraît le dire, dans toutes les hypothèses. Elle sera toujours inutile au cas d'usufruit universel ; et, au cas d'usufruit à titre universel, elle le sera également si l'usufruit porte sur une partie aliquote des biens, telle qu'un tiers, un quart. Il n'y aura lieu de procéder à une estimation que lorsque l'usufruit portera sur tous les immeubles ou sur tous

(1) Cass., 8 février 1843, S., 43. 1. 267. — Riom, 12 février 1830, S. chr. — Bordeaux, 1er mars 1838, S., 38. 2. 256, D., 38. 2. 143. — Aubry et Rau, II, § 232, p. 505; Demolombe, X, n. 534; Laurent, VII, n. 33.

les meubles ou sur une quote-part des uns ou des autres, et alors l'estimation ne devra pas porter seulement, comme le dit notre article, sur le fonds sujet à usufruit, mais aussi sur tous les autres biens du patrimoine, ainsi qu'on l'a vu tout à l'heure, afin de pouvoir comparer la valeur des biens grevés d'usufruit à la valeur de la masse totale qui compose l'universalité. Cette opération s'appelle une *ventilation*.

707. L'art. 612 recevrait application, même à l'égard des créances dont l'héritier nu propriétaire était titulaire avant le décès du testateur. Sans doute la confusion en sa personne de la double qualité de créancier et de débiteur a bien produit *in parte qua* une extinction de la dette, mais la confusion est un mode tout relatif d'extinction des créances ; elle ne s'est, en réalité, opérée que pour le capital et non pour les revenus ; puisque ceux-ci ont été mis par l'art. 612 à la charge de l'usufruitier, on ne trouve pas réunies sur la même tête les deux qualités de créancier et de débiteur des intérêts ; l'héritier ne rencontre plus ici d'obstacle à l'exercice de son droit de poursuite ; la confusion, dans cette mesure, cesse de produire effet ; et puis, même dans cette hypothèse, pour avoir l'actif net du *de cujus*, il faut déduire de l'actif brut la dette éteinte par confusion ; la même distinction s'impose pour déterminer la jouissance nette, la jouissance à laquelle a droit l'usufruitier. Une seule différence est à noter entre cette hypothèse et les autres ; on ne pourra recourir ni au premier ni au troisième procédé, et le second seul demeure applicable ; le capital de la dette est, pour ainsi dire, remboursé par le nu propriétaire ; l'usufruitier devra tenir compte des intérêts, au moins à partir de l'échéance de la dette, si auparavant elle n'en était pas productive (1).

708. Le mode de contribution de l'art. 612 s'applique non seulement aux dettes laissées par le défunt, mais encore aux dettes de la succession, telles que les frais de scellés et d'inventaire, la demande en délivrance des legs, les frais funéraires, et aussi le paiement des legs. Nous savons, au con-

(1) Demolombe, X, n. 542 ; Laurent, VII, n. 24 ; Duranton, IX, n. 208. — *Contra* Bordeaux, 19 février 1853, S., 53. 2. 327, D., 54. 2. 146. — Proudhon, II, n. 475 s. ; Marcadé, sur l'art. 1010, n. 3.

traire, que les droits de mutation constituent des obligations personnelles aux héritiers et non des charges de la succession ; l'usufruitier et le nu propriétaire doivent payer les droits qui leur incombent respectivement, sans recours de part ni d'autre.

709. Les règles qui viennent d'être établies s'appliquent à tout usufruit universel (arg. de ces mots de l'art. 672 : « l'usufruitier universel ou à titre universel »). Elles reçoivent donc leur application :

1° Au légataire d'usufruit universel ou à titre universel. C'est à cette hypothèse que nous avons emprunté les exemples fournis précédemment ;

2° A celui auquel un usufruit universel ou à titre universel a été donné par institution contractuelle (art. 1082) (1) ;

3° A l'héritier qui ne conserve que l'usufruit des biens de la succession, parce que le défunt en a légué la nue propriété ;

4° Au père et à la mère ayant la jouissance légale de l'art. 384 ;

5° A l'usufruit légal de l'art. 754.

6° A l'usufruit du conjoint survivant (nouvel art. 767, loi du 9 mars 1891).

710. Les art. 610 et 612 prévoient l'hypothèse d'un usufruit établi par testament ou dérivant d'une disposition légale : lorsque le droit a été constitué par actes entre vifs, à titre onéreux ou gratuit, il faut, avant tout, consulter l'intention des parties contractantes pour savoir si on a voulu imposer à l'usufruitier l'obligation de payer des dettes et dans quelle mesure ; mais si le contrat est muet à cet égard, l'usufruitier ne doit, en aucune façon, contribuer au paiement des dettes du constituant, quand bien même le droit dériverait d'une donation constitutive d'usufruit sur tous les biens présents : d'une part, en effet, le donateur ne pourrait imposer le far-

(1) Cass., 9 mars 1863, S., 63. 1. 115, D., 63. 1. 190. — Demolombe, X, n. 546 ; Laurent, VII, n. 17. D'après Demolombe, X, n. 547, le caractère irrévocable de cette donation conduit à décider que le donataire ne doit pas supporter les intérêts des dettes postérieures à la donation ; mais cette solution n'est pas acceptable ; la donation contractuelle n'enlève pas au donateur le droit de modifier son patrimoine par des droits constitués à titre onéreux ; le titre de l'institué est seul irrévocable, mais non l'émolument de l'institution.

deau des dettes à venir (v. art. 945) ; et, d'autre part, la donation de tous les biens présents n'a pour objet ni le patrimoine, ni une quote-part du patrimoine ; elle ne saurait créer ni un usufruitier universel, ni un usufruitier à titre universel (1).

711. Les art. 610 et 612 règlent la contribution aux dettes entre le nu propriétaire et l'usufruitier, mais ils ne s'occupent pas du droit de poursuite des créanciers. Quelle est donc la mesure de leur action ? Les créanciers conservent tous leurs droits sur les biens de la succession, grevés ou non d'usufruit, le droit de les saisir et celui de les faire vendre en pleine propriété (2), mais ils n'ont aucune action personnelle et directe contre l'usufruitier pour le remboursement du capital de leurs créances, et ils sont réduits à exercer dans ce but leurs poursuites contre l'héritier débiteur (3) ; l'usufruitier ne sera donc jamais contraint, ni par le nu propriétaire, comme on l'a déjà dit, ni par les créanciers, de faire l'avance des capitaux exigibles. Les créanciers ont seulement contre l'usufruitier une action personnelle et directe pour exiger de lui le paiement des arrérages des rentes ou des intérêts des capitaux, dans la mesure où les art. 610 et 612 les mettent à la charge de l'usufruitier ; jusqu'à concurrence des arrérages et des intérêts dus par l'usufruitier, les créanciers sont en droit de poursuivre ce dernier sur ses biens personnels et d'invoquer l'application de l'art. 1978 C. civ. (4). Le légataire d'usufruit doit payer les intérêts et arrérages courus pendant sa jouissance même *ultra vires,* et non pas seulement jusqu'à la limite de son émolument, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur des fruits recueillis sur les biens grevés d'usufruit (5). Toutefois, s'il s'agissait du paiement des arrérages d'une

(1) Aubry et Rau, II, § 232, p. 503 ; Laurent, VII, n. 17 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 212. — *Contra* Marcadé, sur les art. 610 à 612, n. 1. — Cpr. Demolombe, X, n. 548.

(2) Aubry et Rau, II, § 232, p. 506 ; Demolombe, X, n. 543 ; Laurent, VII, n. 29.

(3) Bordeaux, 12 mars 1840, S., 40. 2. 297, D., 40. 2. 140. — Aubry et Rau, II, § 232, p. 507 ; Demolombe, X, n. 221 *bis ;* Laurent, VIII, n. 28.

(4) Mais les créanciers conservent leur droit de poursuite pour le tout contre l'héritier nu propriétaire. — Cass., 13 avril 1888, D., 89. 1. 227.

(5) L'usufruitier pourrait seulement recourir à la faculté d'abandon.

rente léguée à un tiers, en même temps que le testateur constituait l'usufruit, on pourrait, par interprétation de la volonté du disposant, admettre que le légataire de la rente n'a d'action que jusqu'à concurrence de la valeur des fruits recueillis (1).

2° Usufruitier à titre particulier.

712. Nous savons que l'usufruitier à titre particulier ne doit jamais contribuer aux dettes ni pour le capital ni pour les intérêts. Pour admettre le contraire, il faudrait une disposition expresse dans le testament qui imposât spécialement à l'usufruitier, comme condition de son legs, le paiement d'intérêts ou d'arrérages déterminés (2). Ce principe s'applique même aux dettes hypothéquées sur le fonds soumis au droit d'usufruit sans qu'il y ait à distinguer s'il s'agit des intérêts d'un capital, ou des arrérages d'une rente constituée, ou même d'une rente foncière (3). Toutefois il pourra arriver que l'usufruitier soit en pareil cas forcé de payer la dette hypothécaire soit le capital, soit les intérêts et les arrérages, pour conserver la possession de l'immeuble ; car l'hypothèque est armée d'un droit de suite, qui permet au créancier de saisir l'immeuble et de le faire vendre, quel qu'en soit le détenteur. Le seul moyen pour celui-ci d'échapper à l'expropriation est de payer ; mais alors il aura son recours contre qui de droit. C'est ce que dit l'art. 611 ainsi conçu : « *L'usufruitier à titre particulier n'est* » *pas tenu des dettes auxquelles le fonds est hypothéqué : s'il* » *est forcé de les payer, il a son recours contre le propriétaire,*

(1) Demolombe, X, n. 605.

(2) Demolombe, X, n. 530.

(3) Bruxelles, 9 décembre 1812, S. chr. — Rouen, 12 janvier 1842, S., 42. 2. 137, D., 42. 2. 117. Dans l'ancien droit, la rente foncière était considérée comme une sorte de démembrement de la propriété ; les arrérages étaient des charges annuelles du fonds et le service en incombait à l'usufruitier ; mais aujourd'hui, malgré l'avis contraire exprimé dans la discussion au conseil d'Etat (v. Locré, *Lég.*, VIII, p. 42, n. 24), les arrérages de la rente sont supportés par le nu propriétaire, les rentes foncières n'étant plus que des dettes ordinaires garanties par un privilège. — V. Aubry et Rau, II, § 231, p. 502, note 32 ; Demolombe, X, n. 528 ; Laurent, VII, n. 12 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 206 ; Marcadé, sur l'art. 610, n. 9. — *Contra* Proudhon, IV, n. 1834 s. — Nimes, 17 juin 1856, S., 57. 2. 225, D., 57. 2. 129 ; toutefois cet arrêt est surtout motivé par les considérations particulières de la cause et par interprétation du testament ; il n'a pas statué sur le principe.

» *sauf ce qui est dit à l'article* 1020 *au titre* des Donations » entre vifs et des Testaments ».

713. *Contre le propriétaire.* Ce recours pourra avoir lieu immédiatement, si, comme il arrivera le plus souvent, le nu propriétaire est débiteur personnel de la dette. S'il ne l'est pas ce qui arriverait au cas où l'immeuble aurait été hypothéqué pour la dette d'autrui, l'usufruitier ne pourra recourir contre lui qu'à la cessation de l'usufruit; car alors l'usufruitier n'a fait l'affaire du nu propriétaire que quant à la nue propriété, qu'il a soustraite à l'expropriation; il ne pourrait donc réclamer un remboursement immédiat, ni demander, à la cessation de l'usufruit, le remboursement du capital et des intérêts au nu propriétaire; l'usufruitier, en effet, a rendu service, en même temps, à la nue propriété et à la jouissance; l'hypothèse se rapproche ainsi de celle visée par l'art. 609 et on doit lui appliquer une règle analogue; l'usufruitier, par suite, n'aura droit, jusqu'à concurrence de la valeur du fonds, qu'au remboursement, à la cessation de l'usufruit, de la somme payée par lui, sans pouvoir exiger les intérêts de cette somme pendant la durée de sa jouissance; mais il pourrait recourir immédiatement contre le débiteur de la dette.

714. *Sauf ce qui sera dit à l'art. 1020.* Ce renvoi, qui était inutile, signifie que le nu propriétaire n'est pas tenu de dégager l'immeuble, soumis au droit d'usufruit, de l'hypothèque qui le grève, à moins qu'il n'en ait été chargé par une disposition expresse du testateur.

Par ailleurs l'usufruitier à titre particulier devrait, sans aucun doute, souffrir l'application de l'art. 1024 C. civ.; en cas d'insuffisance des biens libres d'une succession, les légataires d'usufruit doivent, comme les autres légataires en nue propriété ou en pleine propriété, subir une réduction proportionnelle, à moins que le testateur n'ait voulu le contraire (1); pour opérer cette réduction proportionnelle, on devra apprécier la valeur du legs d'usufruit, du droit en lui-même, d'après l'âge du titulaire et les autres circonstances habi-

(1) Cass., 8 février 1843, S., 43. 1. 267, D., 43. 1. 102. — Demolombe, X, n. 529; Laurent, VIII, n. 18.

tuellement envisagées, et non d'après la valeur des biens soumis à l'usufruit. Toutefois si le légataire d'usufruit devait subir la réduction en même temps que le légataire de la nue propriété, le procédé le plus simple consisterait à faire porter la réduction sur la pleine propriété des biens, comme s'il n'y avait eu qu'un legs en pleine propriété [1] ; l'usufruitier et le nu propriétaire supporteraient ainsi la réduction dans la mesure exacte de leurs droits respectifs.

E. *L'usufruitier doit contribuer aux frais des procès concernant la jouissance.*

715. « *L'usufruitier n'est tenu que des frais des procès qui* » *concernent la jouissance, et des autres condamnations aux-* » *quelles ces procès pourraient donner lieu* » (art. 613).

Les procès qui ne concernent que la nue propriété n'intéressent pas l'usufruitier ; il ne devra donc jamais contribuer aux frais de ces procès. Ceux relatifs à la jouissance l'intéressent exclusivement : par conséquent il devra seul en supporter les frais. Quant aux procès qui concernent la pleine propriété, ils intéressent à la fois le nu propriétaire et l'usufruitier, et les frais qu'ils occasionnent doivent, en principe, être répartis entre eux, comme il a été dit sous l'art. 609, c'est-à-dire que le propriétaire les supportera pour le capital, et l'usufruitier pour les intérêts, pendant la durée de l'usufruit.

716. Pour l'application du principe, il convient d'établir certaines distinctions. Lorsque le nu propriétaire et l'usufruitier figurent dans l'instance, ils doivent supporter, suivant les proportions établies par l'art. 609, les dépens mis à leur charge après la perte du procès ou, en cas de gain, les frais irrecouvrables contre l'adversaire [2] ; toutefois, l'application de l'art. 609 ne se comprendrait plus, si le résultat du procès avait amené l'extinction de l'usufruit, en attribuant à l'adversaire la pleine propriété ; la meilleure solution serait alors de partager les frais entre les deux plaideurs ayant fait cause commune et succombant en même temps ; en effet, il n'y a plus

[1] Cass., 8 février 1843, précité.

[2] Aubry et Rau, II, § 231, p. 502 ; Demolombe, X, n. 620 et 622 ; Laurent, VII, n. 15.

entre eux aucun rapport de nu propriétaire à usufruitier. Lorsqu'un seul des intéressés, nu propriétaire ou usufruitier, a figuré dans le procès, il supporte, sans recours, les frais mis à sa charge en cas de perte ; mais, en cas de succès, on applique la règle de contribution de l'art. 609 aux frais non recouvrables contre l'adversaire, en supposant d'ailleurs que le gain du procès profite aussi à celui qui ne l'a pas soutenu.

717. Enfin la disposition de l'art. 613 ne serait plus applicable, si le nu propriétaire était tenu d'une obligation de garantie, par suite du contrat constitutif d'usufruit ; la question des frais se réglerait d'après les principes généraux de la garantie ; notamment le nu propriétaire pourrait être contraint de supporter tous les frais d'un procès qui n'intéresserait que la jouissance de l'usufruitier.

F. *L'usufruitier doit dénoncer au propriétaire les usurpations qui pourraient porter atteinte à son droit.*

718. « *Si, pendant la durée de l'usufruit, un tiers commet* » *quelque usurpation sur le fonds ou attente autrement aux* » *droits du propriétaire, l'usufruitier est tenu de le dénoncer* » *à celui-ci ; faute de ce, il est responsable de tout le dommage* » *qui peut en résulter pour le propriétaire, comme il le serait* » *de dégradations commises par lui-même* » (art. 614).

Le nu propriétaire, n'étant pas sur les lieux, peut ignorer les usurpations commises sur son fonds. Voilà pourquoi la loi oblige l'usufruitier à les lui dénoncer, le constituant ainsi gardien de la chose, dans l'intérêt du nu propriétaire.

719. Lorsque l'usufruitier a fait connaître en temps utile (1) l'usurpation qui menace la propriété, sa responsabilité est en principe dégagée ; il n'est pas tenu de mettre lui-même obstacle aux empiétements des tiers ; il a comme seule obligation de faire les actes conservatoires nécessaires au maintien des droits sur lesquels porte l'usufruit ; ainsi il doit veiller à ce que les servitudes existant au profit des biens soumis à l'usufruit ne s'éteignent pas par le non-usage ;

(1) C'est là une question de fait ; l'art. 1768 C. civ. ne saurait être étendu à l'usufruitier. — Demolombe, X, n. 339 ; Laurent, VI, n. 528.

» *contribution aux dettes à raison de cette valeur. — Si l'usu-*
» *fruitier veut avancer la somme pour laquelle le fonds doit*
» *contribuer, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit,*
» *sans aucun intérêt. Si l'usufruitier ne veut pas faire cette*
» *avance, le propriétaire a le choix, ou de payer cette somme,*
» *et, dans ce cas, l'usufruitier lui tient compte des intérêts*
» *pendant la durée de l'usufruit, ou de faire vendre jusqu'à*
» *due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit* ».

Notre article s'exprime en termes fort inexacts, quand, voulant indiquer comment se détermine la part contributoire de l'usufruitier dans les dettes, il nous dit dans son alinéa 2 : « *On estime la valeur du fonds sujet à usufruit ; on fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur* ».

D'abord les mots *du fonds sujet à usufruit* semblent faire allusion au cas où l'usufruit porterait sur un fonds déterminé, ce qui serait le cas d'un usufruit à titre particulier, tandis qu'il s'agit d'un usufruit universel ou à titre universel. A moins qu'on ne dise, avec Demante, que le mot *fonds* n'est pas ici la traduction du mot *fundus*, mais qu'il désigne la masse des biens sur laquelle l'usufruit s'établit.

705. Le code a tranché la controverse soulevée dans l'ancien droit : on doit estimer la valeur des biens soumis à l'usufruit et non pas le droit d'usufruit lui-même. Ainsi, en toute hypothèse, le titulaire d'un usufruit universel est tenu de rembourser les intérêts de la totalité des sommes payées aux créanciers par le nu propriétaire ; son obligation n'est pas restreinte au paiement d'une quote-part de ces intérêts, d'après la valeur ou l'estimation de l'usufruit (1).

706. L'estimation dont parle notre texte ne sera pas nécessaire, comme il paraît le dire, dans toutes les hypothèses. Elle sera toujours inutile au cas d'usufruit universel ; et, au cas d'usufruit à titre universel, elle le sera également si l'usufruit porte sur une partie aliquote des biens, telle qu'un tiers, un quart. Il n'y aura lieu de procéder à une estimation que lorsque l'usufruit portera sur tous les immeubles ou sur tous

(1) Cass., 8 février 1843, S., 43. 1. 267. — Riom, 12 février 1830, S. chr. — Bordeaux, 1er mars 1838, S., 38. 2. 256, D., 38. 2. 143. — Aubry et Rau, II, § 232, p. 505; Demolombe, X, n. 534; Laurent, VII, n. 33.

les meubles ou sur une quote-part des uns ou des autres, et alors l'estimation ne devra pas porter seulement, comme le dit notre article, sur le fonds sujet à usufruit, mais aussi sur tous les autres biens du patrimoine, ainsi qu'on l'a vu tout à l'heure, afin de pouvoir comparer la valeur des biens grevés d'usufruit à la valeur de la masse totale qui compose l'universalité. Cette opération s'appelle une *ventilation*.

707. L'art. 612 recevrait application, même à l'égard des créances dont l'héritier nu propriétaire était titulaire avant le décès du testateur. Sans doute la confusion en sa personne de la double qualité de créancier et de débiteur a bien produit *in parte qua* une extinction de la dette, mais la confusion est un mode tout relatif d'extinction des créances ; elle ne s'est, en réalité, opérée que pour le capital et non pour les revenus ; puisque ceux-ci ont été mis par l'art. 612 à la charge de l'usufruitier, on ne trouve pas réunies sur la même tête les deux qualités de créancier et de débiteur des intérêts ; l'héritier ne rencontre plus ici d'obstacle à l'exercice de son droit de poursuite ; la confusion, dans cette mesure, cesse de produire effet ; et puis, même dans cette hypothèse, pour avoir l'actif net du *de cujus*, il faut déduire de l'actif brut la dette éteinte par confusion ; la même distinction s'impose pour déterminer la jouissance nette, la jouissance à laquelle a droit l'usufruitier. Une seule différence est à noter entre cette hypothèse et les autres ; on ne pourra recourir ni au premier ni au troisième procédé, et le second seul demeure applicable ; le capital de la dette est, pour ainsi dire, remboursé par le nu propriétaire ; l'usufruitier devra tenir compte des intérêts, au moins à partir de l'échéance de la dette, si auparavant elle n'en était pas productive (1).

708. Le mode de contribution de l'art. 612 s'applique non seulement aux dettes laissées par le défunt, mais encore aux dettes de la succession, telles que les frais de scellés et d'inventaire, la demande en délivrance des legs, les frais funéraires, et aussi le paiement des legs. Nous savons, au con-

(1) Demolombe, X, n. 542 ; Laurent, VII, n. 24 ; Duranton, IX, n. 208. — *Contra* Bordeaux, 19 février 1853, S., 53. 2. 327, D., 54. 2. 146. — Proudhon, II, n. 475 s. ; Marcadé, sur l'art. 1010, n. 3.

animaux, il n'est pas responsable de la détérioration inhérente au service, ni de la perte qui serait l'effet de l'âge, de la maladie ou d'un accident : ainsi que le dit l'art. 615, l'usufruitier n'est pas tenu de remplacer ceux des animaux qui disparaîtraient par l'une de ces causes ; mais le propriétaire a droit à la dépouille de l'animal si elle a quelque valeur. L'usufruitier ne pourrait pas prétendre qu'il a le droit d'en jouir jusqu'à la cessation de l'usufruit ; car, la substance de la chose étant périe, l'usufruit est éteint (art. 617 al. 6). Par où l'on voit que le droit de propriété est plus résistant que le droit d'usufruit. Le propriétaire peut dire : *Quod ex re mea superest meum est ;* tandis que l'usufruitier ne peut élever aucune prétention sur les débris de la chose, quand elle est périe.

723. Deuxième application. « *Si le troupeau, sur lequel un* » *usufruit a été établi, périt entièrement par accident ou par* » *maladie, et sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est tenu* » *envers le propriétaire que de lui rendre compte des cuirs ou* » *de leur valeur. — Si le troupeau ne périt pas entièrement,* » *l'usufruitier est tenu de remplacer jusqu'à concurrence du* » *croît, les têtes des animaux qui ont péri* » (art. 616).

Le troupeau est considéré comme une unité spéciale, distincte de l'individualité des animaux qui le composent ; c'est une universalité de fait, un ensemble constituant un objet unique ; le droit d'usufruit porte sur cet objet, sur cette universalité plutôt que sur les têtes de ce bétail individuellement envisagées. Des conséquences intéressantes en découlent ; tout d'abord les obligations de l'usufruitier ne concernent que l'ensemble, l'*universum corpus ;* c'est le troupeau que l'usufruitier doit conserver et rendre et non pas chaque tête de bétail expressément désignée ; aussi l'usufruitier a-t-il non seulement le droit d'utiliser les produits habituels du troupeau, laine, lait et croît, mais encore de disposer des bêtes devenues impropres à la reproduction et engraissées pour être vendues ; il administre le troupeau comme le ferait un bon père de famille, et, puisqu'il a la charge de le maintenir dans le même état, il est tenu, tant que son droit subsiste, de remplacer les têtes manquantes au moyen du croît.

Quand le troupeau périt partiellement par accident ou par

maladie, le droit de l'usufruitier subsiste sur ce qui en reste, le troupeau fût-il réduit à deux ou trois têtes, contrairement à ce que décidait la loi romaine. Cpr. art. **623**. Mais alors l'usufruitier est tenu de remplacer les têtes des animaux qui ont péri, *jusqu'à concurrence du croît.*

724. La loi entend vraisemblablement parler du croît futur, c'est-à-dire des nouvelles têtes qui naîtront après l'accident, et non du croît qui a été antérieurement perçu par l'usufruitier. En effet, tout d'abord, le mot *croît* désigne ce dont le troupeau s'accroîtra plutôt que ce dont il s'est accru. Et puis, en ce qui concerne les têtes perçues par l'usufruitier, et dont il a disposé, ainsi qu'il en avait le droit, puisqu'elles étaient *in fructu,* il ne pourrait être question d'employer que leur prix à la reconstitution du troupeau ; or la loi ne dit pas : jusqu'à concurrence du prix du croît, ou de la valeur du croît, mais bien : « jusqu'à concurrence du croît ». Il y a toutefois controverse sur ce point.

D'après certains auteurs (1) l'usufruitier devrait employer à la reconstitution du troupeau non seulement le croît futur, c'est-à-dire les jeunes bêtes nées depuis la perte partielle, mais aussi le croît présent, celles nées antérieurement et se trouvant encore dans le troupeau en la possession de l'usufruitier ; mais ce dernier ne serait pas tenu d'employer le prix du croît qui aurait été vendu. Cette opinion a paru peu rationnelle à d'autres auteurs (2) partisans d'un troisième système où l'on oblige l'usufruitier, pour remplacer les têtes manquantes, à tenir compte du croît antérieur vendu ou non, aussi bien que du croît futur.

725. Lorsque l'usufruitier a remplacé les animaux disparus à l'aide du croît, il peut garder les peaux des bêtes qui ont péri.

La perte totale du troupeau entraîne l'extinction de l'usufruit ; si la perte a été fortuite, l'usufruitier se contentera de remettre au nu propriétaire les cuirs ou leur valeur, à moins que la restitution n'en soit devenue impossible sans sa faute,

(1) Demolombe, X, n. 315 ; Marcadé, sur l'art. 616, n. 2.

(2) Aubry et Rau, II, § 237, p. 530, n. 16 ; Proudhon, III, n. 1093 à 1095 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 217.

par exemple s'il a été obligé d'enfouir les bêtes mortes de maladie contagieuse.

Si l'usufruit vient à s'éteindre par une cause normale autre que la perte fortuite du troupeau, l'usufruitier doit rendre le nombre de têtes reçues, à moins de prouver la perte fortuite de certaines bêtes et l'insuffisance du croît pour les remplacer ; en conséquence, l'usufruitier qui vend un animal devenu impropre à la reproduction est toujours tenu soit de le remplacer, soit de remettre le prix de vente au nu propriétaire ; la bête vendue, en effet, n'a pas disparu par suite d'un cas fortuit.

726. On a étendu, avec raison, la disposition de l'art. 616 à l'usufruit ayant pour objet des ruches à miel. L'usufruitier profite du produit des ruches sous la condition de les entretenir et de substituer de nouveaux essaims à ceux qui ont pu disparaître (1).

SECTION V

COMMENT L'USUFRUIT PREND FIN

727. La nue propriété n'aurait aucune valeur, si l'usufruit devait durer indéfiniment, car il absorbe toute l'utilité de la chose. Il fallait donc limiter la durée de l'usufruit. Pour cela on aurait pu songer à lui assigner un nombre d'années fixe, comme on l'a fait pour les personnes morales (art. 619). Mais notre législateur a préféré en mesurer la durée sur celle de la vie de l'usufruitier, parce que, la plupart du temps, l'usufruit est établi en considération de la personne de l'usufruitier et pour pourvoir aux besoins de sa propre existence.

Les art. 617, 618 et 622 énumèrent sept causes d'extinction de l'usufruit que nous allons étudier successivement : 1° la mort de l'usufruitier ; 2° l'expiration du terme pour lequel l'usufruit a été accordé ; 3° la consolidation ; 4° le non-usage pendant trente ans ; 5° la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi (art. 617) ; 6° l'abus de jouissance de l'usufruitier (art. 618) ; 7° la renonciation de l'usufruitier à son

(1) Demolombe, X, n. 317 *bis*.

droit (arg. art. 622). Il y a lieu d'ajouter : 8° la résolution du droit du constituant ; 9° la prescription acquisitive.

§ I. *Mort de l'usufruitier.*

728. Cette cause d'extinction, ainsi que les quatre suivantes, est prévue par l'art. 617, ainsi conçu : « *L'usufruit* » *s'éteint, — Par la mort naturelle* [*et par la mort civile*] *de* » *l'usufruitier ; — Par l'expiration du temps pour lequel il a* » *été accordé ; — Par la consolidation ou la réunion, sur la* » *même tête, des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire ; — Par le non-usage du droit pendant trente ans ; —* » *Par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est* » *établi* ».

La mort de l'usufruitier éteint l'usufruit, de quelque manière et à quelque époque qu'elle survienne, fût-ce le lendemain du jour où l'usufruit a pris naissance, sans qu'il y ait lieu d'appliquer par analogie, au cas d'usufruit constitué à titre onéreux, l'art. 1975, qui contient une disposition d'exception écrite en vue des rentes viagères (1).

729. Lorsque l'usufruit a été établi au profit de plusieurs personnes successivement, la mort de l'usufruitier appelé en première ligne éteint son droit ; mais le même événement donne aussitôt ouverture au droit de la personne appelée en second ordre ; il y avait, en effet, autant d'usufruits distincts que de personnes désignées ; mais l'usufruit des personnes appelées en ordre subséquent était subordonné à un terme suspensif incertain ; il ne devait s'ouvrir qu'au décès de la personne antérieurement appelée. Si l'usufruit avait été établi conjointement au profit de plusieurs personnes appelées à l'exercer simultanément, la mort de l'un des usufruitiers aurait-elle pour effet d'éteindre le droit qu'elle exerçait, ou bien se produirait-il une sorte d'accroissement au profit des co-usufruitiers, de façon à reculer jusqu'à la mort du der-

(1) L'art. 1983 en vertu duquel le crédi-rentier d'une rente viagère est tenu de prouver son existence pour percevoir les arrérages n'est pas applicable à l'usufruit. C'est au nu propriétaire qu'il appartient d'établir l'extinction de l'usufruit, et il ne peut exiger, par exemple, que l'acquéreur de l'usufruit justifie de l'existence de l'usufruitier. Trib. civ. Seine, 19 mars 1897, *Le Droit* du 7 mai 1897.

nier d'entre eux le retour de l'usufruit à la nue propriété? La controverse sera examinée avec les art. 1044 et 1045 C. civ. et résolue dans le sens de l'extinction partielle du droit d'usufruit à la mort de chacun des co-usufruitiers, sauf intention contraire de la part du testateur, ou des parties contractantes si l'usufruit a été constitué par acte entre-vifs.

730. L'existence des personnes morales pouvant se prolonger indéfiniment, la loi a dû assigner un terme à la durée de l'usufruit qui peut leur appartenir; autrement la propriété grevée d'un semblable usufruit aurait pu devenir un droit illusoire. Aux termes de l'art. 619 : « *L'usufruit qui* » *n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans* ». En droit romain, une opinion très accréditée assignait à cet usufruit une durée de cent années, *quia is est finis vitæ longævi hominis*. Mais pourquoi donc prendre pour limite le terme le plus long de la vie humaine? Il paraît bien plus rationnel de s'en tenir au terme moyen. C'est sans doute cette idée qui a inspiré à notre législateur la fixation du délai de trente années.

731. La disposition de l'art. 619 ne doit pas être étendue aux rentes ou aux legs annuels d'une somme d'argent ou d'une certaine quantité de denrées. Aucune limitation n'est imposée à la durée d'une rente établie au profit d'une personne morale. Rien ne s'oppose même à ce que la rente soit perpétuelle.

La combinaison de la règle qui limite à trente années l'usufruit établi au profit des personnes morales, avec le principe que l'usufruit est susceptible de s'établir par la prescription de trente ans, peut engendrer une conséquence singulière, à savoir qu'un usufruit s'éteint au moment même où il se trouve établi. Une personne morale, une commune, par exemple, se prétend usufruitière d'un bien; elle soutient avoir acquis l'usufruit par la prescription de trente ans. Son adversaire pourra lui répondre : Soit; mais vous reconnaissez par cela même que vous jouissez depuis trente ans; votre usufruit est donc éteint aux termes de l'art. 619.

732. Les personnes morales disparaissent difficilement; mais cependant elles disparaissent quelquefois. On peut citer

comme exemple le cas d'une congrégation religieuse qui se verrait retirer l'autorisation à laquelle elle doit son existence légale ; ce serait une *mort civile* qui certainement aurait pour conséquence l'extinction de l'usufruit appartenant à la personne morale.

Si l'on admet que la volonté de l'homme ne peut pas faire survivre l'usufruit à l'usufruitier (1), il faut décider aussi que cette même volonté ne pourrait pas assigner à l'usufruit établi au profit d'une personne morale une durée plus longue que celle fixée par l'art. 619. *Eadem est ratio.*

§ II. *Expiration du temps pour lequel l'usufruit a été établi.*

733. L'usufruit s'éteint « *par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé* » (art. 617 al. 2). — Il s'agit d'un usufruit constitué *ad diem,* c'est-à-dire pour un certain temps, pour dix ans par exemple. Le point de départ du délai doit être, en général, fixé à l'époque de l'ouverture de l'usufruit, à moins de déclaration contraire dans l'acte constitutif; le délai court de l'ouverture même du droit et non du commencement effectif de la jouissance ; par suite, lorsque l'usufruit a été constitué par testament, c'est le décès du testateur et non la délivrance du legs, qui marque le point initial du délai (2).

Le terme fixé forme alors un *maximum,* que l'usufruit ne peut jamais dépasser, mais qu'il n'atteindra pas nécessairement ; car il peut prendre fin avant cette époque par une autre cause d'extinction, par exemple par la mort de l'usufruitier, et cela, aussi bien dans l'hypothèse de l'art. 620 que dans toute autre, sans qu'il y ait à distinguer, comme on l'a parfois proposé (3), entre l'usufruit constitué à titre gratuit et l'usufruit constitué à titre onéreux (4).

734. L'art. 620 prévoit un cas particulier d'usufruit constitué à terme, qui aurait pu donner lieu à des difficultés, si la

(1) V. *supra,* n. 444.
(2) Demolombe, X, n. 680 *bis ;* Laurent, VIII, n. 54.
(3) Demante, *Cours,* II, n. 461 *bis.*
(4) Demolombe, X, n. 680.

loi ne s'était pas expliquée : « *L'usufruit accordé jusqu'à ce* » *qu'un tiers ait atteint un âge fixé, dure jusqu'à cette époque,* » *encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé* ». Un testateur a légué l'usufruit d'un immeuble à Pierre jusqu'à ce que Paul ait atteint l'âge de trente ans; ce dernier a vingt ans au moment de l'ouverture du legs, c'est-à-dire de la mort du testateur. Ce sera comme si le testateur avait dit : Je lègue l'usufruit pour dix années. Il importera donc peu que Paul meure avant l'âge fixé : l'usufruit n'en durera pas moins jusqu'à l'époque où il aurait atteint cet âge s'il eût vécu. La loi suppose que le disposant *non ad vitam hominis respexit, sed ad certa temporum curricula.* Mais cette présomption tomberait devant une volonté contraire, manifestée par le constituant. Et il ne serait même pas nécessaire que cette volonté fût manifestée expressément : il suffirait qu'elle fût clairement démontrée par les faits : notamment elle pourrait s'induire des termes de la disposition. Ainsi un testateur a dit : Je lègue à Pierre l'usufruit de tel bien jusqu'à ce que son fils ait atteint sa majorité, *afin qu'il puisse, avec les revenus, subvenir aux frais qu'entrainera l'éducation de son fils.* Il est clair que, dans l'intention du testateur, l'usufruit ne doit durer que pendant la vie du fils, puisqu'il est établi en vue de son éducation : il prendrait donc fin par la mort du fils, survenue avant sa majorité et, en outre, bien entendu, par celle de l'usufruitier.

735. Du terme il faut rapprocher la condition résolutoire. L'usufruit établi sous condition résolutoire prend fin lorsque se réalise l'événement de la condition.

736. On fait remarquer, remarque non douteuse et à peu près inutile, que l'art. 620 ne s'applique pas à l'usufruit légal du père sur les biens de ses enfants mineurs; la loi a fixé pour terme normal l'âge de dix-huit ans chez les enfants; cependant si les mineurs viennent à mourir avant d'avoir atteint leur dix-huitième année, l'usufruit du père disparaît, car il est essentiellement lié aux rapports de parenté, à la puissance paternelle que le décès des enfants vient éteindre (1).

(1) Demolombe, X, n. 681.

§ III. *Consolidation.*

737. La consolidation est la « réunion, sur la même tête, » des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire » (art. 617 al. 4). L'usufruitier, par exemple, acquiert la nue propriété comme unique héritier du nu propriétaire, ou bien il achète à ce dernier la nue propriété. Désormais le droit de l'usufruitier est *consolidé* (1) sur sa tête; car, de temporaire qu'il était, son droit de jouissance est devenu perpétuel, comme le droit de propriété auquel il est joint : il ne sera plus désormais soumis aux nombreuses chances d'extinction de l'usufruit, notamment il ne prendra pas fin par la mort de l'usufruitier.

Cela posé, comment la loi peut-elle nous présenter la consolidation comme une cause d'extinction de l'usufruit, puisque loin d'éteindre le droit de l'usufruitier, elle le fortifie et le rend perpétuel ? Il faut s'entendre. La consolidation éteint l'usufruit *comme servitude,* en vertu de la règle que nul ne peut avoir de servitude sur sa propre chose : *nemini res sua servit jure servitutis, sed prodest jure dominii.* Mais en réalité, le droit de l'usufruitier est transformé et développé, plutôt qu'éteint par la consolidation. L'usufruitier devenu propriétaire continuera à jouir ; mais il jouira désormais comme propriétaire, et non comme usufruitier. En tant que servitude, le droit est éteint (2).

738. La consolidation peut s'opérer non seulement dans la personne de l'usufruitier, qui acquiert la nue propriété, mais aussi dans celle du nu propriétaire, qui acquiert l'usufruit.

En effet la loi définit la consolidation : « la réunion *sur la même tête* des deux qualités... ». Elle ne distingue pas si la réunion a lieu sur la tête du nu propriétaire ou sur celle de l'usufruitier, il peut donc y avoir consolidation dans l'un et l'autre cas. Ainsi il y a consolidation aussi bien lorsque le nu

(1) *Consolidation* paraît venir de *solidum.* Tous les éléments du *dominium solidum jus,* se trouvent désormais réunis sur la tête de l'usufruitier.

(2) Les tiers ne pourraient, par leur seule volonté, le considérer comme subsistant, en pratiquant, par exemple, une saisie qui ne porterait que sur la nue propriété ou sur l'usufruit. — Toulouse, 22 mars 1898, *Le Droit,* 16 octobre 1898.

propriétaire achète l'usufruit que lorsque l'usufruitier achète la nue propriété. Il pourrait y avoir consolidation aussi sur la tête d'un tiers qui acquerrait du même coup, à titre de vente par exemple, la nue propriété et l'usufruit.

Mais remarquez que, pour qu'il y ait consolidation dans la personne du nu propriétaire, il faut que l'usufruit se soit, comme le dit l'art. 617, *réuni* à la nue propriété sur sa tête : ce qui suppose que l'usufruit est transmis au nu propriétaire, qu'il en fait l'acquisition ; l'extinction de l'usufruit est alors une conséquence de sa réunion à la nue propriété. Il n'y a donc pas consolidation, lorsque l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier ou par toute autre cause. C'est très improprement qu'on dit en pareil cas que *l'usufruit fait retour à la nue propriété :* ce qui donne à entendre que le droit de l'usufruitier est transmis au propriétaire. Le droit de l'usufruitier est éteint ; comment pourrait-il être transmis ? La vérité est que le propriétaire reprend en pareille circonstance la jouissance de sa chose en vertu de son droit de propriété, qui est désormais affranchi de la charge dont il était grevé, et non comme ayant cause de l'usufruitier, à la différence de ce qui a lieu quand il fait l'acquisition de l'usufruit. En un mot, il y a consolidation dans la personne du nu propriétaire, lorsque le droit d'usufruit lui est *transmis,* mais non lorsque ce droit *s'éteint;* ou, pour employer une formule, qui, bien que pouvant être critiquée à certains points de vue, exprime cependant une pensée exacte, il n'y a consolidation dans la personne du nu propriétaire que lorsque l'extinction de l'usufruit est une conséquence de son acquisition par le nu propriétaire, mais non lorsque son acquisition est une conséquence de son extinction.

Les développements dans lesquels nous venons d'entrer réfutent suffisamment l'opinion de quelques auteurs, qui admettent que la consolidation ne peut pas se produire dans la personne du nu propriétaire, et qui en donnent pour principale raison que, s'il en était autrement, toutes les causes d'extinction de l'usufruit pourraient être ramenées à la consolidation, parce que toutes ont pour conséquence la réunion de l'usufruit à la propriété sur la tête du nu propriétaire.

739. La consolidation n'est qu'un cas particulier de la *confusion :* c'est la *confusion* de la propriété et de la jouissance : les jurisconsultes romains la désignent positivement sous ce nom. La confusion est une cause d'extinction des droits soit réels, soit personnels. Elle consiste dans la réunion sur une même tête de deux qualités incompatibles : celles de créancier et de débiteur d'une même obligation (art. 1300), c'est la confusion des droits personnels ; ou du nu propriétaire et d'usufruitier (art. 617), de propriétaire du fonds dominant et du fonds servant (art. 705) : ce qui constitue la confusion des droits réels. Dans l'un et l'autre cas, il y a plutôt obstacle matériel à l'exercice du droit qu'extinction véritable de ce droit. La consolidation, comme la confusion, n'éteint le droit qu'à raison de l'impossibilité qu'elle apporte à son exercice, et par suite dans les limites mêmes de cette impossibilité (1).

740. De là résultent plusieurs conséquences :

a. L'hypothèque dont l'usufruitier aurait grevé son droit d'usufruit (art. 2118) subsistera malgré la consolidation et cela, que la consolidation se soit opérée dans la personne du nu propriétaire ou dans celle de l'usufruitier, qu'elle se réalise par la convention des parties ou par un événement indépendant de leur volonté, comme dans l'hypothèse où l'usufruitier devient l'héritier du nu propriétaire (2). Dans l'un et dans l'autre cas, le créancier hypothécaire pourra, agissant comme si la confusion ne s'était pas produite, saisir et faire vendre aux enchères le droit d'usufruit, qui par rapport à lui, n'est pas éteint.

La consolidation ne pourra non plus être opposée au preneur à bail, surtout si elle se fait au profit de l'usufruitier ; celui-ci, personnellement obligé par le contrat, reste tenu d'en souffrir l'exécution pendant toute la durée convenue, quand bien même l'usufruit aurait pu s'éteindre ensuite par

(1) Cpr. Cass., 7 nov. 1887, S., 90. 1. 442, D., 88. 5. 522. Ainsi, aux termes de cet arrêt, dans le cas où un tiers acquiert successivement l'usufruit et la nue propriété le règlement de l'art. 612 doit être reporté à l'époque de la cessation de l'usufruit par la mort du titulaire primitif de ce droit.

(2) Demolombe, X, n. 748.

une autre cause ; si, au contraire, la consolidation se fait sur la tête du nu propriétaire, la question soulève quelque difficulté ; il faut refuser au nu propriétaire la faculté d'opposer les art. 1429 et 1430, avant l'extinction véritable et complète du droit d'usufruit, par une cause autre que la consolidation ; il doit, jusque-là, souffrir le bail sous les réserves déterminées par l'art. 1743 ; à ce point de vue, en effet, il se trouve dans la même situation qu'un acquéreur de la pleine propriété ; il est l'ayant-cause de l'usufruitier (1).

741. *b.* Si l'obstacle qui a produit la consolidation disparaît avec ou sans rétroactivité, le droit d'usufruit revivra ; car il sommeillait plutôt qu'il n'était véritablement éteint. Ainsi on m'a donné la nue propriété d'un bien grevé d'usufruit au profit de Paul ; j'achète de celui-ci l'usufruit. Il y a consolidation, et par suite extinction de l'usufruit. Mais voilà que la donation qui m'a été faite de la nue propriété est révoquée pour cause de survenance d'enfant au donateur, auquel cas la révocation opère avec rétroactivité, ou même pour ingratitude, cause qui opère sans rétroactivité (art. 398). L'obstacle qui avait produit la consolidation ayant disparu, mon droit d'usufruit revivra ou plutôt se réveillera, car il n'était qu'assoupi.

De même l'annulation, la rescision ou la résolution du titre d'acquisition de la nue propriété auront pour résultat de faire réapparaître le droit d'usufruit ; il en serait encore ainsi à la suite d'une éviction, hypothèse formellement prévue par l'art. 2177 (2).

Lorsque l'usufruit, après avoir ainsi sommeillé quelque temps, se réveille, des difficultés peuvent surgir à propos des dégradations et des améliorations faites par le propriétaire apparent ; leur solution n'est pas fournie par les principes mêmes de l'usufruit ; il faut la demander aux règles générales qui régissent les actes du propriétaire apparent (3).

742. *c.* Si la consolidation cesse, l'engagement de la caution revivra de plein droit. La consolidation, n'éteignant pas

(1) Demolombe, X, n. 749.
(2) Demolombe, X, n. 687.
(3) Demolombe, X, n. 688.

définitivement l'usufruit, ne peut pas éteindre définitivement l'obligation de la caution.

§ IV. *Non usage pendant trente ans.*

743. L'usufruit s'éteint « par le non usage du droit pendant trente ans » dit l'art. 617, al. 5. Ce n'est qu'une application particulière de ce principe général que tout droit, soit personnel, soit réel, qui n'est pas exercé pendant trente années, est éteint par la prescription (art. 2262) : la loi considère le titulaire comme ayant renoncé à son droit, lorsqu'il est resté pendant un aussi long temps sans l'exercer. Nous sommes donc en face d'une prescription *extinctive*, et il y aurait lieu par conséquent d'appliquer les règles qui gouvernent cette espèce de prescription.

744. Ce principe conduit aux conséquences suivantes :

1° Le non usage doit avoir été continu pendant les trente années; un seul acte de jouissance, accompli pendant la durée de ce délai, soit par l'usufruitier, soit par ses ayant cause ou par l'intermédiaire d'une tierce personne, au nom de l'usufruitier, par exemple par un fermier, un co-usufruitier ou même par un simple gérant d'affaires (1), suffirait pour interrompre le cours de la prescription. En d'autres termes, le délai de trente ans ne court qu'à compter du dernier acte de jouissance accompli par l'usufruitier ou ses ayant cause, sans aucune exception, même dans le cas où l'usufruit n'est susceptible que d'actes intermittents de jouissance; ainsi lorsque l'usufruit porte sur un bois, la prescription commence à courir à dater de la dernière coupe et non à partir de l'époque où la coupe aurait dû être faite (2); d'ailleurs, suivant une

(1) Cass., 29 juillet 1864, S., 64. 1. 20. Mais la réception par l'usufruitier des fermages ou du prix de la cession de son droit n'équivaudrait pas à un acte d'usage; il faudrait des actes matériels de jouissance accomplis par le fermier ou le cessionnaire; en d'autres termes le droit de l'usufruitier s'éteint aussi par le non-usage de celui qui le représente. — Aubry et Rau, II, § 333, p. 511, note 11; Demolombe, X, n. 695; Laurent, VII, n. 61. — *Contra* Proudhon, IV, n. 2110; Pothier, *Du douaire*, n. 251.

(2) Demolombe, X, n. 697; Laurent, VII, n. 64.

remarque très exacte, la coupe du bois n'est pas le seul acte de possession et de jouissance permis à l'usufruitier, de sorte que la négligence prolongée de ce dernier peut, sans exagération trop criante, s'interpréter dans le sens d'une renonciation à son droit.

Le délai de trente ans s'applique quel que soit l'objet immobilier ou mobilier de l'usufruit, sauf à tenir compte des art. 2279 s. au profit des tiers qui se prétendraient propriétaires des meubles corporels soumis à l'usufruit (1).

L'exercice même partiel du droit d'usufruit empêcherait la prescription pour le tout. Ainsi l'usufruitier qui ne cultive qu'une partie du domaine grevé d'usufruit conservera son droit, même sur la partie du domaine dont il a négligé de jouir pendant trente ans. Il en serait autrement si un usufruit portait sur plusieurs biens distincts, par exemple sur une maison de ville et sur une maison de campagne. Il y a en pareils cas autant d'usufruits distincts que de biens, et l'usufruitier, qui n'exercerait son droit que sur l'un, le perdrait sur l'autre après l'expiration du temps fixé par la loi.

Une jouissance abusive, excessive, permet de conserver le droit d'usufruit : l'opinion contraire enseignée par Pothier (2) sur le fondement du droit romain ne se comprend guère ; comment en effet supposer un abandon du droit, lorsque l'usage dépasse les limites permises ? Loin de songer à une renonciation, l'usufruitier cherche plutôt à étendre son droit, à empiéter sur celui du nu propriétaire ; ce dernier, pour se défendre contre l'abus de jouissance, trouve une protection dans l'art. 618 ; mais, en pareil cas, il ne peut invoquer l'art. 617.

Lorsque l'usufruitier néglige d'user de son droit, le nu propriétaire est-il contraint d'attendre l'expiration du délai de trente ans ? L'absence de tout usage a souvent pour résultat de causer un préjudice sérieux ; une maison non habitée, par exemple, une terre non cultivée, perdent beaucoup de leur valeur. Le nu propriétaire serait alors fondé, avant l'expira-

(1) Aubry et Rau, II, § 234, p. 511, note 15 ; Demolombe, X, n. 691.
(2) Pothier, *Du douaire*, n. 249.

tion du délai de trente ans, à demander la déchéance de l'usufruitier (art. 618).

745. 2° Il suffit, pour que la prescription s'accomplisse, que l'usufruitier ait cessé d'exercer son droit pendant trente ans; il n'est nullement nécessaire que le nu propriétaire, ou tout autre, l'ait exercé à sa place. A ce point de vue, comme à bien d'autres, le droit de propriété est plus résistant que le droit d'usufruit ; il ne peut pas, comme celui-ci, périr par une simple prescription *extinctive,* mais seulement par une prescription *acquisitive*. En d'autres termes, pour que la prescription puisse atteindre le droit d'un propriétaire, il ne suffit pas qu'il soit resté pendant trente ans sans user de son droit, il faut qu'un autre l'ait exercé à sa place, qu'il ait possédé le bien comme propriétaire pendant le temps requis par la loi. D'où vient cette différence ? L'usufruit est une charge, une servitude, une sorte de dette de la chose ; au bout de trente ans de non-usage la chose en sera affranchie, comme un débiteur est affranchi de sa dette après trente ans d'inaction de la part du créancier. On n'en peut pas dire autant du droit de propriété. En supposant qu'au bout de trente ans de non usage, le propriétaire fût dépouillé de son droit, sans que personne l'eût exercé à sa place, où irait le droit éteint par la prescription? On ne pourrait l'attribuer qu'à l'Etat, en vertu de l'art. 713, et cette solution serait extrêmement rigoureuse. Voilà pourquoi il faut ici, outre l'inaction du propriétaire, l'intervention active d'un tiers qui vient exercer à sa place le droit de propriété qu'il abandonne. On peut dire encore que la loi qui favorise le droit de propriété, voit, par cela même, avec défaveur, les charges qui la grèvent et qu'elle a dû, par suite, en faciliter l'extinction en se montrant moins exigeante pour les conditions de la prescription.

746. 3° La prescription de l'usufruit ne courrait pas contre un usufruitier mineur ou interdit (arg. art. 2252) ni à l'égard d'un droit d'usufruit compris dans la partie dotale du patrimoine d'une femme mariée sous le régime dotal (1).

(1) Aubry et Rau, II, § 234, p. 511 ; Demolombe, X, n. 699.

§ V. *Perte totale de la chose.*

747. « L'usufruit s'éteint par la perte totale de la chose sur laquelle il est établi » (art. 617 al. 6). Les Institutes de Justinien nous en donnent la raison : *Est enim jus in corpore, quod sublato et ipsum jus tolli necesse est.*

La loi dit : *par la perte totale.* En cas de perte partielle l'usufruit subsisterait donc sur la partie qui a été conservée. « *Si une partie seulement de la chose soumise à l'usufruit est* » *détruite, l'usufruit se conserve sur ce qui reste* », dit l'art. 623. Ainsi nous avons vu que, lorsque l'usufruit porte sur un troupeau, si ce troupeau périt partiellement, l'usufruit subsistera sur la partie du troupeau qui a été épargnée, quelque minime qu'elle soit (1).

Au cas de perte totale, l'usufruitier n'a aucun droit sur les débris de la chose; il doit les restituer au nu propriétaire. Ainsi l'usufruit portant sur un troupeau, si le troupeau périt totalement, l'usufruitier doit rendre compte des cuirs au propriétaire (art. 616 al. 1) (2). De même, aux termes de l'article 624 : « *Si l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment, et* » *que ce bâtiment soit détruit par un incendie ou autre acci-* » *dent, ou qu'il s'écroule de vétusté, l'usufruitier n'aura le* » *droit de jouir ni du sol ni des matériaux* ».

= *Par un incendie.* Il faut supposer que cet incendie constitue un cas fortuit par rapport à l'usufruitier, c'est-à-dire qu'il ne lui est pas imputable. Autrement l'usufruitier serait tenu de reconstruire, et alors on ne pourrait pas, sans une choquante injustice, lui refuser le droit de jouir du sol et des matériaux.

L'incendie n'est pas en lui-même un cas fortuit, que l'usufruitier puisse invoquer comme une présomption favorable à sa libération; en d'autres termes, le nu propriétaire n'a pas à prouver que l'incendie a eu pour cause une faute de l'usufruitier; ce dernier, qui se prétend libéré par la perte fortuite de la chose, doit établir que l'incendie a eu lieu sans sa

(1) V. *supra*, n. 723.
(2) V. *supra*, n. 725.

faute (1); c'est l'application pure et simple du droit commun. Cette preuve pourra être faite par tous les moyens, sans aucune restriction; d'un autre côté, l'usufruitier n'est pas responsable de l'incendie causé par la faute de son locataire, même si ce dernier est insolvable (2); il répond exclusivement de sa faute et de son fait personnel. La disposition exceptionnelle de l'art. 1734 ne saurait être étendue à l'usufruit. Suivant une remarque déjà faite (3), l'usufruitier n'est pas tenu de faire assurer les bâtiments; on verra plus loin à qui appartient l'indemnité payée par la compagnie d'assurance en cas d'incendie.

La loi ajoute : « *Si l'usufruit était établi sur un domaine dont le bâtiment faisait partie, l'usufruitier jouirait du sol et des matériaux* ». On peut induire de cette disposition qu'au cas de perte partielle, l'usufruitier a le droit de jouir des débris de la portion périe, et cette induction est fortifiée par l'art. 616, qui n'oblige l'usufruitier d'un troupeau à rendre compte des cuirs au propriétaire qu'au cas de perte totale.

748. Il importe donc beaucoup de savoir quand il y a perte totale ou perte partielle, puisque la perte totale éteint le droit de l'usufruitier, tandis que la perte partielle ne fait que le diminuer. Or il y a des cas dans lesquels on peut concevoir sur ce point un grave embarras. L'usufruit d'un étang serait-il éteint lorsque, l'eau s'étant définitivement retirée, l'étang sera transformé en terre arable ? ou l'usufruit d'une terre arable, lorsqu'elle aura été transformée en un lac ? ou l'usufruit d'une vigne, lorsqu'elle aura été transformée en un pré? Généralisant la question, le changement de forme de la

(1) Cass., 4 juill. 1887, D., 87. 1. 321.

(2) Cpr. Toulouse, 15 mai 1837, S., 37. 2. 357, D., 37. 2. 134. — Lyon, 19 nov. 1852, S., 52. 2. 685, D., 53. 2. 83. — V. dans le sens de l'opinion émise au texte Aubry et Rau, II, § 231, p. 495; Laurent, VI, n. 529. — *Contra* Demolombe, X, n. 628; Proudhon, IV, n. 1563. Il est inutile de rechercher si l'on doit appliquer à l'usufruitier l'art. 1783; si ce texte est conforme au droit commun, on n'a pas besoin de l'appliquer par analogie, les principes généraux conduisant par eux-mêmes à une solution identique; si, au contraire, il contient quelque dérogation, c'est alors un texte exceptionnel qui ne saurait être étendu.

(3) V. *supra*, n. 719.

chose grevée d'usufruit doit-il être considéré comme équivalant à sa perte totale et entraîner à ce titre l'extinction de l'usufruit ?

La loi s'est expliquée sur deux cas particuliers, qui peuvent servir de *criterium* pour résoudre la question. Ces deux cas nous sont déjà connus. Le premier est celui de la perte d'un animal ou d'un troupeau (art. 615 et 616). Le second est celui de la perte d'une maison (art. 624). En combinant ces diverses dispositions, on peut arriver à formuler la règle suivante : *Pour que le changement de forme subi par la chose entraîne l'extinction de l'usufruit, comme équivalant à une perte totale, il faut que ce changement ait rendu la chose complètement impropre à l'usage auquel elle était destinée.* D'après cela on devrait décider que l'usufruit d'un étang sera perdu, quand l'étang sera définitivement transformé en terre arable, ou l'usufruit d'un champ, quand il sera définitivement transformé en lac, mais non l'usufruit d'une vigne quand elle sera transformée en terre labourable, ou réciproquement. La question toutefois est controversée.

Dans la discussion on s'inspire surtout des solutions que donnaient les jurisconsultes romains ; pour eux, en effet, l'usufruit devait s'éteindre *rei mutatione, re mutata*, non seulement par la perte absolue des éléments matériels de la chose, mais aussi par son changement de forme substantielle et ce principe ils l'appliquaient avec leur habituelle rigueur, en tenant compte toutefois de l'intention probable de celui qui avait constitué l'usufruit : pour citer un exemple topique, l'usufruit établi sur un quadrige s'éteignait si l'un des chevaux de l'attelage venait à périr. Dans l'ancien droit, Pothier (1) rejetait ces subtilités, écartait le principe de l'extinction *mutatione rei*, exigeant la perte totale et matérielle de la chose. Domat (2), au contraire, s'était rallié au principe romain, tout en y introduisant certains tempéraments, certaines distinctions. Parmi les auteurs modernes, les uns ont adopté l'opinion de Pothier (3) ; d'autres ont voulu reproduire

(1) Pothier, *Du douaire*, n. 255.
(2) Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XI, sect. VI, n. 7 et 8.
(3) Marcadé, sur l'art. 617, n. 9.

toutes les solutions romaines (1) ; d'autres enfin, en plus grand nombre (2), se sont, avec raison, rangés à l'opinion de Domat, que le code a voulu reproduire.

L'usufruit pourra donc s'éteindre, comme on l'a dit, autrement que par la destruction physique et matérielle de la chose ; une *mutatio rei*, un changement de forme, entraîneront parfois aussi l'extinction du droit ; mais il faudra considérer ici les circonstances, scruter la volonté des parties, se décider d'après la destination de la chose, et d'après l'importance du changement qu'elle a subi ; la solution, le plus souvent, dépendra d'une question de fait et d'intention (3). Un auteur (4) s'arrête longuement à discuter l'hypothèse de constructions ou de plantations effectuées sur le sol nu, et à rechercher si ces innovations doivent entraîner l'extinction de l'usufruit. Mais si l'on admet, avec M. Demolombe, que le mode d'extinction dont il s'agit se réfère à la perte fortuite, il faut aussi que le changement de forme, que la *mutatio rei* aient une cause fortuite ; il n'y aurait pas à se préoccuper, par suite, des transformations dues au fait de l'usufruitier, du nu propriétaire ou d'un tiers ; elles ne seraient pas soumises aux principes qui régissent l'extinction de l'usufruit par la perte de la chose (5).

749. Mentionnons ici la disposition de l'art. 39 de la loi du 3 mai 1841, de laquelle il résulte qu'au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'usufruitier a droit à la jouissance de l'indemnité d'expropriation. Cette disposition était nécessaire ; autrement on aurait fort bien pu soutenir que, la chose expropriée ayant juridiquement disparu, l'usufruitier n'avait pas droit à la jouissance de l'indemnité qui en est la contre-valeur (6).

(1) Hennequin, II, p. 514.

(2) Aubry et Rau, II, § 234, p. 512 ; Demolombe, X, n. 700 et 705-710 ; Laurent, VII, n. 65 ; Proudhon, V, n. 2535 et 2536.

(3) Laurent, VII, n. 66.

(4) Demolombe, X, n. 711 s.

(5) V. *infra*, n. 758.

(6) On devrait, par analogie, appliquer la même règle à l'indemnité que l'art. 563 attribue aux propriétaires des fonds occupés par le nouveau cours d'une rivière.

Il ne faudrait pas assimiler à l'expropriation pour cause d'utilité publique la vente que ferait le nu propriétaire de la chose grevée d'usufruit ; elle ne porterait aucun préjudice aux droits de l'usufruitier (art. 621). La chose, en effet, n'est pas mise hors du commerce, comme à la suite d'une expropriation ; elle n'a pas péri juridiquement. On verra plus tard, sous l'art. 621 (1), dans quelle mesure l'usufruitier pourra exercer son droit sur le prix, en cas de vente de la pleine propriété.

750. Lorsque la chose a péri par suite d'un incendie et qu'une indemnité est payée par la compagnie d'assurance, quels sont les droits respectifs du nu propriétaire et de l'usufruitier sur cette indemnité? Si, d'un commun accord, l'usufruitier et le nu propriétaire avaient, pour la garantie de leurs droits respectifs, contracté l'assurance, et si la convention des intéressés avait réglé la part de chacun d'eux dans les primes à verser, l'indemnité appartiendrait sans aucun doute au nu propriétaire pour le capital, et, pour la jouissance, à l'usufruitier. D'ordinaire, les auteurs (2) vont plus loin et, dans tous les cas, ils accordent à l'usufruitier la jouissance et, au nu propriétaire, le capital de l'indemnité ; lorsque l'assurance a été contractée par l'usufruitier, celui-ci remet l'indemnité au nu propriétaire sous la déduction des primes payées ; lorsque le nu propriétaire a signé la police, l'usufruitier n'a qu'à recevoir les intérêts de l'indemnité sous la déduction des intérêts des primes payées par l'assuré. L'assurance, dit-on à l'appui de cette solution, ne doit jamais être pour l'assuré une source de bénéfice ; l'usufruitier qui assure l'immeuble agit comme gérant d'affaires pour ce qui regarde la conservation de la nue propriété ; de même le nu propriétaire, en s'assurant, fait l'affaire de l'usufruitier pour ce qui concerne la jouissance de l'immeuble ; l'assurance est toujours contractée dans un intérêt commun. La raison n'est pas sans valeur ; elle sera même très souvent acceptable, à la condition, toutefois, d'en déduire cette conséquence logique : les

(1) V. *infra*, n. 764.

(2) Aubry et Rau, II, § 231, p. 496, et § 234, p. 513, note 21 ; Laurent, VI, n. 530.

primes devront toujours être remboursées à l'usufruitier lors de l'extinction de son droit, qu'il y ait ou non incendie et, en sens inverse, l'usufruitier devra toujours tenir compte au nu propriétaire des intérêts des primes payées par ce dernier (arg. anal. art. 609). D'ailleurs, la solution devrait, dans certains cas, être écartée; on suppose que l'assurance a pour objet la pleine propriété et qu'elle a été contractée dans le double intérêt de l'usufruitier et du nu propriétaire; mais rien n'empêche de prévoir une autre hypothèse; si l'usufruitier a voulu assurer seulement son droit de jouissance et le risque que lui fait courir son obligation de restituer; si, d'autre part, le nu propriétaire, en assurant la valeur intégrale de l'immeuble, a voulu seulement se prémunir contre la perte de son droit de nue propriété et contre l'inexécution de l'obligation de restituer, si, en d'autres termes, l'usufruitier et le nu propriétaire ont fait exclusivement leur propre affaire et non en même temps celle de l'autre intéressé, si on ne peut les considérer comme *negotiorum gestor* (1), alors l'indemnité appartient tout entière, capital et jouissance, à l'assuré.

751. Tout ce qui vient d'être dit relativement à la perte de la chose grevée d'usufruit n'est applicable qu'à la perte par cas fortuit. En cas de perte par la faute de l'usufruitier, du nu propriétaire ou d'un tiers, il y aurait lieu d'appliquer les règles du droit commun; ainsi les conséquences de la perte occasionnée par l'usufruitier ou le nu propriétaire se détermineraient d'après les règles qui régissent les rapports entre ces deux intéressés; si la perte provenait du fait d'un tiers, l'usufruitier conserverait son droit de jouissance sur ce qui pourrait subsister de la chose sous une forme quelconque et sur les dommages-intérêts que le tiers serait obligé de payer (2). Ne pourrait-on pas aboutir au même résultat, tout en admettant, dans la rigueur des principes, l'extinction de l'usufruit? L'art. 617 ne fait aucune distinction, et, en défi-

(1) Il en serait certainement ainsi dans le cas où le nu propriétaire aurait fait défense d'assurer pour son compte à l'usufruitier, afin de ne pas être contraint, à la fin de l'usufruit, au remboursement des primes payées.

(2) Aubry et Rau, II, § 234, p. 512; Demolombe, X, n. 713 *bis*.

nitive, peu importe la cause de la perte ; si la chose a péri totalement, l'usufruit s'éteint faute d'objet ; mais quand la perte est imputable au nu propriétaire, à l'usufruitier ou à un tiers, en même temps que l'usufruit s'éteint, un autre droit prend naissance, celui d'exiger la réparation du dommage causé, du préjudice inhérent à l'extinction de l'usufruit; si, par exemple, la chose a péri par la faute d'un tiers, la meilleure façon de réparer le dommage sera d'accorder à l'usufruitier la jouissance de l'indemnité calculée sur la valeur de la chose en pleine propriété ; on aura, de la sorte, substitué, en fait, à l'usufruit sur la chose un droit de jouissance sur les dommages-intérêts. La discussion reste ici purement théorique ; la solution pratique non douteuse est toujours la même.

752. L'usufruit, qui se trouve éteint soit par la destruction physique, soit par le changement de forme constitutive de la chose, ne renaît pas lorsque son objet reprend dans la suite sa primitive destination par le fait de l'homme, ou grâce à un événement de la nature (1). La reconstruction d'une maison incendiée, qui avait formé l'objet particulier d'un usufruit, n'entraînerait pas la renaissance de ce droit; et, si l'ancien usufruitier avait opéré cette reconstruction, il serait directement soumis à l'art. 555 C. civ. (2). L'usufruit ne renaît pas non plus, lorsque le nu propriétaire vient exercer le droit de préemption que l'art. 60 de la loi du 3 mai 1841 lui accorde sur les immeubles précédemment expropriés. La question se présente plus délicate en fait, lorsque la chose reprend sa forme primitive et son état antérieur, grâce à un événement de la nature. Certains auteurs veulent faire revivre l'usufruit quelle que soit l'époque de cette rénovation naturelle ; par exemple, l'étang, demeuré à sec plus de trente ans, sans pouvoir être l'objet d'aucun acte d'usage pendant ce délai, serait à nouveau soumis au droit d'usufruit, si l'eau venait à y rentrer (3). Cette solution évidemment se heurte à l'art. 617,

(1) Aubry et Rau, II, § 234, p. 514; Demolombe, X, n. 713 *ter;* Laurent, VII, n. 70.

(2) Colmar, 13 janvier 1831, S., 31. 2. 180. — Aubry et Rau, II, § 234, p. 514, note 23.

(3) Taulier, II, p. 340.

§4; le non-usage a entraîné l'extinction définitive de l'usufruit et l'on doit étendre à cette hypothèse la disposition de l'art. 704 en matière de servitude (1). Mais faut-il admettre la survie du droit d'usufruit lorsque le retour à l'état primitif se produit avant l'expiration du délai de trente ans? On a soutenu l'affirmative (2); la rénovation de la chose dans le délai de trente ans démontre, dit-on, que l'usufruit n'était pas réellement éteint, qu'il ne s'était pas produit un changement véritable, une transformation complète; il y avait seulement une cause accidentelle et passagère, mettant obstacle à la jouissance de l'usufruitier. Certes, dans beaucoup de cas, l'argument pourra en fait se justifier; bien souvent, on devra attendre plusieurs années avant de savoir si un événement de la nature a fait subir à la chose une transformation complète, ou si, d'après les circonstances, cet événement ne forme qu'un obstacle temporaire à l'exercice du droit. Dans ce dernier cas, l'usufruit continue à subsister et est susceptible de s'exercer à nouveau après la disparition de l'obstacle; mais si on avait reconnu une transformation complète de la chose, si on avait considéré le changement comme définitif (3), il y aurait extinction du droit d'usufruit, et le retour imprévu à l'état primitif ne lui donnerait pas une vie nouvelle.

§ VI. *Abus de jouissance de l'usufruitier.*

753. Aux termes de l'art. 618 al. 1 : « *L'usufruit peut* » *aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance,* » *soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le* » *laissant dépérir faute d'entretien* ».

Il y a abus de jouissance dès que l'usufruitier manque à l'obligation qui lui est imposée de jouir en bon père de famille. L'abus de jouissance implique donc une faute, mais il n'implique pas nécessairement un dol de la part de l'usufruitier.

(1) Aubry et Rau, II, § 234, p. 514; Demolombe, X, n. 714; Laurent, VII, n. 71.

(2) Demolombe, X, n. 714. — Cpr. Laurent, VII, n. 71.

(3) Si, par exemple, une décision judiciaire passée en force de chose jugée, avait attribué ce caractère à la transformation survenue, on serait bien contraint de la tenir pour vraie et d'admettre avec elle l'extinction de l'usufruit.

D'après la formule ordinairement employée, les abus doivent être imputables à l'usufruitier ; il faut éviter cependant de forcer les termes de cette proposition ; les actes abusifs de jouissance ne seront pas toujours accomplis par l'usufruitier en personne ; l'art. 618 recevrait application dans le cas même où ces actes seraient l'œuvre d'un tiers, d'un fermier, d'un mandataire légal ou conventionnel ; en effet, lorsque l'usufruitier négligent ne cherche pas à mettre obstacle à ces abus et, faute de surveiller son fermier ou son mandataire, laisse dépérir l'immeuble, il méconnaît les obligations qui lui incombent et met le propriétaire dans la nécessité d'invoquer pour sa protection l'art. 618. Les tribunaux apprécieront, en fait, dans quelle mesure l'usufruitier a pu connaître et empêcher les abus de jouissance provenant des tiers (1).

Le nu propriétaire peut demander la déchéance de l'usufruit ou contraindre l'usufruitier à réparer immédiatement la chose et à payer des dommages intérêts (2), ou même réclamer cumulativement la déchéance et une indemnité (3).

754. L'extinction de l'usufruit par l'abus de jouissance de l'usufruitier n'a jamais lieu de plein droit (arg. des mots « peut aussi cesser ») : elle ne peut résulter que d'une décision judiciaire, qui la prononce sur la demande du nu propriétaire. L'intervention du juge était nécessaire pour apprécier la gravité de l'abus ; car il va de soi qu'un manquement quelconque de l'usufruitier à ses obligations ne saurait entraîner la déchéance de son droit.

Il appartient au nu propriétaire d'établir l'existence des abus qu'il reproche à l'usufruitier ; dans ce but, on pourra, postérieurement à l'inventaire, l'autoriser à procéder au récolement et à l'estimation des objets mobiliers soumis à l'usufruit; mais les juges du fait apprécieront souverainement si cette mesure est opportune et si elle est justifiée par des articulations assez graves de la part du nu propriétaire (4).

(1) Cass., 6 août 1872, S., 72. 1. 317, D., 73. 1. 258. — Cpr. Demolombe, X, n. 720.

(2) Cass., 10 janv. 1859, S., 59. 1. 225, D., 59. 1. 71. — Demolombe, X, n. 632. — *Contra* Poitiers, 20 janv. 1857, S., 58. 2. 237, D., 58. 2. 128.

(3) Pau, 26 nov. 1873, S., 74. 2. 70, D., 76. 2. 231; Demolombe, X, n. 724; Proudhon, IV, n. 2429.

(4) Cass., 20 mars 1883, S., 83. 1. 296.

755. La déchéance de l'art. 618 est applicable à tout usufruitier ; peu importe qu'il s'agisse d'un usufruit légal, conventionnel ou testamentaire, d'un usufruit à titre onéreux ou à titre gratuit, avec ou sans caution.

Le nu propriétaire conserve le droit de provoquer la déchéance dans le cas même où le testateur lui aurait défendu de critiquer l'exécution du testament qui a créé l'usufruit (1).

756. La loi d'ailleurs donne un pouvoir discrétionnaire au juge pour la recherche des faits, l'appréciation de la gravité des abus allégués et l'application des mesures à prendre dans l'intérêt du nu propriétaire. C'est ce qui résulte de l'al. 3 de l'art. 618 ainsi conçu : « *Les juges peuvent suivant la gravité* » *des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usu-* » *fruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la* » *jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de* » *payer annuellement à l'usufruitier ou à ses ayant cause* » *une somme déterminée, jusqu'à l'instant où l'usufruit* » *aurait dû cesser* ». (2).

= *Prononcer l'extinction absolue de l'usufruit.* C'est-à-dire déclarer l'usufruitier déchu de son droit, sans lui accorder aucune compensation. Cette mesure est infiniment grave et semble en conséquence ne pouvoir être motivée que par des abus criants, comme si par exemple l'usufruitier a coupé des bois de haute futaie ou démoli des bâtiments ; l'extinction absolue de l'usufruit pourrait alors être considérée comme une juste réparation du préjudice causé au nu propriétaire, surtout au cas où il ne lui serait possible de procurer qu'une satisfaction illusoire par l'allocation d'une indemnité pécuniaire, à raison de l'insolvabilité de l'usufruitier. En dehors de cette hypothèse, les juges agiront conformément au vœu de la loi en adoptant le tempérament indiqué par le texte précité, ou tout autre équivalent, par exemple une caution à fournir par l'usufruitier malgré la dispense établie en sa faveur (3), ou la

(1) Orléans, 11 mai 1822, S. chr.

(2) Nimes, 20 juin 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 157.

(3) On a vu déjà, sous l'art. 601, dans quels cas et dans quelles limites les tribunaux peuvent imposer à l'usufruitier l'obligation de fournir caution, malgré la dispense qu'il pourrait invoquer. — V. *supra*, n. 657 s.

nomination d'un séquestre qui sera chargé d'administrer les biens et de rendre compte des revenus à l'usufruitier ou à ses *ayant cause,* expression qui désigne, non les héritiers de l'usufruitier, mais ses *créanciers.*

757. Effectivement, l'extinction de l'usufruit par suite de l'abus de jouissance de l'usufruitier peut être préjudiciable à ses créanciers ; car ils seront d'autant moins facilement payés que leur débiteur sera moins riche (arg. art. 2092). Aussi ne sont-ils pas obligés de rester spectateurs passifs d'une lutte où leurs intérêts sont si gravement engagés. Aux termes de l'art. 618 al. 2 : « *Les créanciers de l'usufruitier peuvent* » *intervenir dans les contestations, pour la conservation de* » *leurs droits ; ils peuvent offrir la réparation des dégrada-* » *tions commises, des garanties pour l'avenir* » : par exemple une caution, si l'usufruitier était dispensé d'en fournir une. Les offres que les créanciers sont autorisés à faire pourraient également être faites par l'usufruitier. Mais en aucun cas le tribunal n'est obligé de les accepter ; la loi, nous l'avons vu, lui donne un pouvoir discrétionnaire. Le juge sera ici surtout un ministre d'équité (1).

758. L'extinction pour abus de jouissance, prononcée par le juge, a pour effet d'anéantir les droits réels que l'usufruitier avait concédés sur la chose. Les créanciers, même hypothécaires, n'ont plus aucun droit, aucun recours sur l'immeuble soumis à l'usufruit, alors même que l'hypothèque serait antérieure aux abus qui ont entraîné la déchéance de l'usufruitier. L'art. 618 permet seulement aux créanciers d'intervenir, de discuter la demande du nu propriétaire, d'offrir des garanties ; mais, une fois la sentence rendue et la déchéance prononcée, l'extinction de l'usufruit entraîne la résolution de tous les droits concédés (2).

(1) Certains auteurs ont cependant soutenu que les juges ne pouvaient prononcer l'extinction de l'usufruit en présence d'offres suffisantes faites par les créanciers (V. Duranton, IV, n. 697 ; Marcadé, art. 618, n. 27) tout au moins par les créanciers antérieurs aux abus commis (Proudhon, V, n. 2432 s.). Cette solution contraire aux principes généraux, puisqu'elle accorderait plus de droits aux créanciers qu'à leur débiteur, est bien nettement contredite dans les travaux préparatoires, Locré, *Lég. civ.,* VIII, p. 249. — En ce sens Demolombe, X, n. 725 ; Laurent, VII, n. 85.

(2) *Contra* Laurent, VII, n. 84.

759. La déchéance du droit d'usufruit peut être restreinte à un seul des biens compris dans l'usufruit, si l'abus de jouissance n'a porté que sur ce bien (1).

760. La déchéance du droit d'usufruit pour cause d'abus de jouissance a été empruntée à notre ancien droit français, où elle ne s'était introduite que par suite d'une fausse interprétation des mots *non utendu per modum et tempus,* qu'on lit dans le § 3 du titre *De usufructu,* II, 4 aux Institutes de Justinien.

§ VII. *Renonciation de l'usufruitier.*

761. Chacun peut renoncer à son droit. L'usufruitier peut donc renoncer à son usufruit.

Il s'agit, qu'on le remarque bien, d'une renonciation *unilatérale* de l'usufruitier; il renonce à son droit parce qu'il n'en veut plus. Cette renonciation est efficace indépendamment du concours du nu propriétaire auquel elle doit profiter, et elle n'est assujettie à aucune condition particulière de forme (2).

Non seulement la renonciation est valable sans le concours du nu propriétaire, mais elle est encore irrévocable du jour où elle a été nettement exprimée; l'usufruitier ne pourrait la rétracter, sous prétexte que le propriétaire ne l'aurait pas encore acceptée (3). Le titulaire d'un droit réel, démembrement d'un droit plus étendu, ne saurait être contraint de conserver son droit et, d'autre part, lorsqu'il a manifesté l'intention d'y renoncer, son abandon est irrévocable, l'acceptation étant pour ainsi dire acquise d'avance de la part de celui qui est titulaire du droit plus étendu (4) *A fortiori,*

(1) Pau, 11 mars 1893, S., 93. 2. 119, D., 93. 2. 430; 26 nov. 1873, S., 76. 2. 70, D., 75. 2. 231; Aubry et Rau, II, § 234, p. 516; Demolombe, X, n. 723.

(2) Cass., 28 mai 1877, S., 78. 1. 126, D., 77. 1. 496; 23 janvier 1877, S., 79. 1. 444; 19 août 1872, S., 72. 1. 316; 16 mars 1870, S., 70. 1. 281, D., 70. 1. 329. Il en serait ainsi alors même que la renonciation faite en arrière du nu propriétaire aurait le caractère d'une libéralité déguisée. — V. Demolombe, X, n. 733. — Cpr. Laurent, VII, n. 75.

(3) Cass., 16 mars 1870, précité. — Bordeaux, 23 déc. 1847, S., 48. 2. 239. — Aubry et Rau, § 234, p. 518, note 45; Demolombe, X, n. 733 *bis;* Laurent, VII, n. 72 et 73.

(4) Il en est de même de la renonciation à l'hypothèque prévue par l'art. 2180 C. civ.

l'acceptation du nu propriétaire n'a pas besoin d'être constatée par acte authentique (1); on devrait admettre une autre solution si l'usufruitier faisait donation de son droit au nu propriétaire: nous ne serions plus alors en face d'une renonciation au droit d'usufruit, mais d'une cession à titre gratuit de ce droit, opérant consolidation dans la personne du nu propriétaire, et les formes solennelles de la donation devraient être observées.

Il en serait de même, *a fortiori,* si la renonciation était faite en faveur d'un tiers appelé à en bénéficier (2). Si la renonciation *in favorem* était faite à titre onéreux, on devrait l'assimiler à une cession du droit d'usufruit.

762. La renonciation est un mode d'extinction définitif de l'usufruit; ce droit ne pourrait revivre, alors même que viendrait à disparaître la cause qui a dicté la renonciation; ainsi le père usufruitier d'un bien appartenant à son fils pour la nue propriété ne recouvre pas l'usufruit auquel il a renoncé dans l'intérêt du fils, malgré le prédécès de ce dernier (3). Par ailleurs, la renonciation n'empêche pas le droit d'usufruit d'avoir appartenu dans le passé à son titulaire; ainsi lorsqu'un legs d'usufruit a été accepté, l'abandon ultérieur du droit profite au nu propriétaire; la chose léguée ne retombe pas dans la succession du défunt, de manière à rendre efficace un legs qui n'avait pas reçu d'exécution par suite de l'acceptation primitive de l'usufruit (4).

763. La renonciation de l'usufruitier peut être expresse ou tacite.

Expresse, quand elle est faite *expressis verbis.*

Tacite, lorsqu'elle s'induit de certains actes accomplis par l'usufruitier et qui la font nécessairement supposer. Ainsi les juges du fond, par une appréciation souveraine de l'intention des parties, peuvent considérer comme une renonciation le fait, par l'usufruitier, d'hypothéquer conjointement avec le nu propriétaire la pleine propriété de l'immeuble sujet à usu-

(1) Bordeaux, 23 déc. 1847, précité. — Rouen, 22 janv. 1846, D., 47. 2. 62.
(2) Rouen, 22 janv. 1846, précité.
(3) Demolombe, X, n. 734.
(4) Riom, 3 août 1878, S., 80. 2. 138.

fruit, de laisser saisir cette pleine propriété et de la laisser adjuger sans réclamation, après avoir provoqué la conversion de la vente forcée en vente volontaire (1).

On lit à ce sujet dans l'art. 621 : « *La vente de la chose* » *sujette à usufruit ne fait aucun changement dans le droit* » *de l'usufruitier ; il continue de jouir de son usufruit, s'il* » *n'y a pas formellement renoncé* ».

Que la vente, faite par le nu propriétaire, de la chose soumise au droit d'usufruit, ne puisse pas préjudicier à l'usufruitier, cela est d'évidence et avait à peine besoin d'être dit. Le nu propriétaire ne peut disposer que de ce qui lui appartient, c'est-à-dire de la nue propriété, et non de l'usufruit, qui est, par rapport à lui, bien d'autrui (arg. art. 1599). Mais voilà l'usufruitier qui a participé à la vente consentie par le nu propriétaire ; devra-t-on le considérer à raison de ce fait comme ayant renoncé à son droit ? Oui, si le rôle qu'il a joué implique nécessairement renonciation à son usufruit ; il sera vrai de dire alors qu'il a *formellement* renoncé à son droit : *formellement* n'est pas synonyme d'*expressément*. Non, dans le cas contraire. Ainsi l'usufruitier, qui figure comme témoin instrumentaire à la vente consentie par le propriétaire et signe l'acte à ce titre, ne renonce pas à son droit d'usufruit (2). Si au contraire il est expliqué dans l'acte de vente que c'est la pleine propriété qui est vendue, et qu'il soit évident par les termes employés que l'usufruitier n'est intervenu que pour rassurer l'acquéreur qui entendait acquérir la pleine propriété, l'usufruitier, qui a signé l'acte de vente, pourra être considéré comme ayant renoncé à son droit (3). Tout ce que la loi veut, c'est que la renonciation de l'usufruitier soit *for-*

(1) Cass., 28 mai 1877, précité.

(2) Une décision contraire de la cour d'Agen (V. Agen, 17 juillet 1813, S. chr.), ne peut guère s'expliquer que par la persistance des souvenirs du droit romain, où l'on interprétait en principe la présence de l'usufruitier au contrat de vente, comme une renonciation à son droit. L'art. 621 a voulu empêcher la dépossession par surprise de l'usufruitier, et ce texte a, pour ainsi dire, retourné la présomption ; aujourd'hui, le concours de l'usufruitier à la vente n'emporte pas renonciation, à moins que le contraire ne résulte des circonstances de la cause.

(3) Cass., 2 février 1852, S., 52. 1. 178, D., 52. 1. 33.

melle, c'est-à-dire qu'il ne puisse pas s'élever le moindre doute sur sa volonté à cet égard.

764. Lorsque l'usufruitier a concouru à la vente de l'immeuble pour y donner son consentement, plusieurs hypothèses sont à distinguer. Ou bien l'usufruitier a voulu renoncer purement et simplement à son droit en faveur du nu propriétaire ou du tiers, sans aucune compensation ; l'usufruit alors sera éteint tout à fait, et le prix de vente remis entre les mains du nu propriétaire, sans aucun recours de la part de l'usufruitier. Mais, le plus souvent, l'intention de ce dernier sera toute différente : il n'aura prêté son concours et figuré au contrat que pour faciliter la vente, pour permettre l'aliénation de la pleine propriété, sous la réserve d'exercer son droit de jouissance sur le prix ; la vente, dans ce cas, aura pour résultat de convertir l'immeuble en argent, de substituer un quasi-usufruit à l'usufruit antérieur ; l'usufruitier recevra donc, en principe, le prix de vente à la charge de le restituer au nu propriétaire à la fin de l'usufruit (1) ; les tribunaux pourront, suivant les limites déjà posées, prescrire des mesures conservatoires dans l'intérêt du nu propriétaire (2). Enfin l'usufruitier peut figurer au contrat comme covendeur, comme cédant de l'usufruit, de telle sorte qu'il y ait vente de la nue propriété et cession distincte à titre onéreux du droit d'usufruit ; dans cette hypothèse l'usufruitier n'aura pas un droit de jouissance sur la totalité du prix ; il recevra seulement la partie du prix représentative de la valeur de l'usufruit ; il y aurait lieu, par suite, de procéder à une ventilation, si deux prix distincts n'avaient pas été stipulés. L'usufruitier ne sera pas tenu de restituer au nu propriétaire, lors de l'extinction de l'usufruit, la fraction à lui remise par l'acheteur comme prix de la cession consentie (3).

Ainsi l'on voit qu'il importe avant tout de rechercher l'intention véritable des parties ; il n'est pas surprenant, dès

(1) Poitiers, 5 juin 1883, S., 84. 2. 68, D., 84. 2. 44.

(2) V. *supra*, n. 655 s.

(3) Cass., 7 janv. 1878, S., 80. 1. 145 et la note de M. Labbé, D., 78. 1. 145 ; 24 nov. 1858, S., 59. 1. 129, D., 58. 1. 438. — Lyon, 7 nov. 1863, S., 64, 2. 276, D., 64. 2. 54 ; Demolombe, X, n. 216 ; Laurent, VII, n. 35.

lors, de trouver en cette matière des solutions diverses dans la jurisprudence ; leur divergence n'implique pas un désaccord sur le principe, mais une appréciation différente des circonstances de la cause.

765. Au cas où l'usufruit porterait sur un immeuble, la renonciation de l'usufruitier à son usufruit ne serait efficace à l'égard des tiers que par la transcription de l'acte qui la contient (loi du 23 mars 1855, art. 1-2° et art. 3).

§ VIII. *Résolution du droit du constituant.*

766. Aux termes de l'art. 622 : « *Les créanciers de l'usu-* » *fruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait* » *faite à leur préjudice* ». Nous aurons à examiner sous l'art. 1167, si la renonciation doit avoir été faite frauduleusement, pour que les créanciers puissent la faire annuler.

767. La constitution d'usufruit est une aliénation ; or le propriétaire seul peut aliéner ; si donc le droit de propriété du constituant est résolu avec effet rétroactif, la constitution d'usufruit devra être considérée comme émanant *a non domino*, et par suite comme non avenue. Ainsi j'achète un immeuble, puis je constitue un droit d'usufruit sur cet immeuble. Plus tard la vente consentie à mon profit est résolue pour défaut de paiement du prix (art. 1654). Cette résolution produisant effet rétroactif, je suis censé n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble, et par suite le droit d'usufruit que j'ai constitué est considéré comme non avenu. On applique la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, qui n'est qu'une conséquence de ce principe que nul ne peut conférer à autrui plus de droits qu'il n'en a.

L'usufruit serait encore éteint si le titre constitutif était annulé, si, par exemple, le testament était anéanti, ou si la donation était révoquée pour l'une des causes prévues par le code civil.

§ IX. *Prescription acquisitive.*

768. L'usufruit peut s'éteindre en dernier lieu par la *prescription acquisitive, ou usucapion, de dix à vingt ans.*

J'achète de quelqu'un que je crois propriétaire et qui ne l'est pas, *a non domino quem dominum esse credideram,* un immeuble dont la nue propriété appartient à *Primus* et l'usufruit à *Secundus*. La vente n'a pu me transférer ni la nue propriété de l'immeuble ni l'usufruit puisque ni l'un ni l'autre droit n'appartenait à mon vendeur; mais, comme j'ai entendu acquérir l'un et l'autre et que j'ai juste titre et bonne foi quant à l'un et quant à l'autre, je pourrai prescrire par dix à vingt ans la nue propriété à l'égard du nu propriétaire et l'usufruit à l'égard de l'usufruitier. Quand cette double prescription sera accomplie, je serai plein propriétaire, et par suite le droit d'usufruit sera éteint, bien qu'il n'y ait pas trente ans de non-usage. Remarquons que la prescription ne sera pas nécessairement acquise à l'égard de l'usufruitier, lorsqu'elle le sera à l'égard du nu propriétaire soit parce qu'elle court entre absents à l'égard de l'usufruitier, tandis qu'elle courait entre présents à l'égard du nu propriétaire (arg. art. 2265), soit parce que la prescription a été suspendue ou interrompue au profit de l'usufruitier sans l'être au profit du nu propriétaire.

Contre cette solution on ne saurait tirer argument de la combinaison des art. 2264 et 617 C. civ.; sans doute, l'art. 617 se contente de signaler le non-usage comme mode d'extinction basé sur la prescription ; mais, on le sait, malgré la disposition de l'art. 2264, l'usufruit s'acquiert par l'usucapion de dix à vingt ans; celui qui aurait obtenu la concession d'un usufruit sur un immeuble déjà grevé de ce droit, pourrait se prévaloir de l'usucapion contre le titulaire primitif; comment, dès lors, l'acquéreur *a non domino* de la pleine propriété ne pourrait-il invoquer les avantages de sa possession ? En vain, on dirait qu'il n'a pas entendu acquérir ni posséder l'usufruit séparément ; en effet, ses actes de possession affectent aussi bien la jouissance que la nue propriété et constituent des empiètements sur le droit de l'usufruitier comme sur celui du nu propriétaire. Une remarque, toutefois, paraît nécessaire : l'usufruit a été possédé comme un attribut de la nue propriété, comme un usufruit *causal,* si l'on peut dire ; l'acquisition ne sera parfaite et l'usucapion ne

sera opposable à l'usufruitier que du jour où la prescription de la pleine propriété sera accomplie. Ainsi il faut que l'usucapion soit réalisée à la fois au regard du nu propriétaire et au regard de l'usufruitier (1).

769. Si une personne avait acquis du nu propriétaire la pleine propriété de l'immeuble sans qu'on lui eût révélé l'existence de l'usufruit, elle pourrait, grâce à sa bonne foi, usucaper le démembrement de la propriété, si les conditions de la prescription étaient réalisées à l'égard de l'usufruitier. Il y aurait encore extinction de l'usufruit antérieurement constitué. On a prétendu, il est vrai, que l'usufruit ne serait pas éteint, mais paralysé dans son exercice (2). Mais la solution paraît peu rationnelle : puisque le possesseur a désormais la pleine propriété de l'immeuble, l'usufruit ne saurait revivre ; et, en supposant même que l'acquéreur renonçât par la suite au bénéfice de l'usucapion, il y aurait une constitution nouvelle d'usufruit, plutôt qu'une résurrection du droit éteint (3). L'usufruitier a seulement comme ressource une action en garantie ou en indemnité contre le nu propriétaire, par le fait duquel il a été privé de son droit de jouissance. Il en serait autrement si un tiers avait seulement usucapé avec bonne foi et juste titre l'usufruit d'un bien déjà grevé de ce droit ; l'usucapion paralyserait l'exercice du droit primitivement concédé ; mais le premier usufruit renaîtrait, si le second venait à s'éteindre, à moins que le titulaire dépossédé n'eût obtenu une indemnité complète du nu propriétaire (4).

770. Telles sont les causes d'extinction de l'usufruit : la liste, on le voit, en est longue. Quatre seulement sont applicables au quasi-usufruit : 1° la mort de l'usufruitier ; 2° l'arrivée du terme assigné à la durée de l'usufruit ; 3° la consolidation ; 4° la résolution du droit du constituant.

L'extinction prononcée par suite d'abus de jouissance ne saurait s'appliquer au quasi-usufruit, puisque le titulaire du

(1) Aubry et Rau, II, § 235, p. 521.

(2) Aubry et Rau, II, § 235, p. 521 ; Demolombe, X, n. 741 ; Laurent, VII, n. 91.

(3) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 226 ; Marcadé, sur l'art. 624, appendice n° 1.

(4) Aubry et Rau, II, § 235, note 48.

droit est devenu propriétaire. La cour de cassation, qui paraît avoir décidé le contraire, a statué dans une espèce où l'usufruit avait pour objet des créances, c'est-à-dire dans un cas où l'on n'était pas en présence d'un quasi-usufruit (1).

771. Quand l'usufruit a pris fin, la jouissance fait de plein droit retour à la propriété et les droits réels consentis par l'usufruitier s'éteignent aussi, sauf la réserve faite à propos de la consolidation. L'usufruitier ou ses ayant cause doivent donc immédiatement restituer la chose au propriétaire, sans que celui-ci ait à intenter une demande contre eux, ou à les mettre en demeure par un autre moyen; et, s'ils en retenaient la possession, ils devraient compte des fruits qu'ils percevraient sans préjudice des dommages et intérêts.

772. La même règle s'applique aux sommes d'argent soumises à un quasi-usufruit; à défaut de restitution immédiate, les intérêts courent de plein droit au profit du nu propriétaire à partir du jour où cesse l'usufruit.

La jouissance de l'usufruitier ne peut survivre à l'extinction de son droit; et les fruits civils, à partir de cette époque, appartiennent au nu propriétaire aussi bien que les fruits naturels. La solution cependant paraîtrait plus douteuse, si, en fait, le capital n'était pas placé, s'il n'était pas productif d'intérêts. Le nu propriétaire pourrait seulement soutenir que l'usufruitier a été négligent en se dispensant de placer le capital, que cette négligence lui cause un préjudice à défaut de restitution immédiate, et que, pour la réparation de ce préjudice, on doit lui tenir compte des intérêts à partir de l'extinction de l'usufruit (2). Si, d'autre part, les héritiers de l'usufruitier avaient joui du capital dans la croyance que leur

(1) Cass., 2 janv. 1845, S., 45. 1. 129.

(2) Cass., 11 mars 1846, S., 46. 1. 561. — Cpr. Cass., 30 nov. 1829, S., 30. 1. 23. — V. Aubry et Rau, II, § 235, p. 522; Laurent, VII, n. 95. — Cpr. Demolombe, X, n. 637. — La logique conduit à décider aussi que si l'usufruitier doit les intérêts des sommes placées, il ne doit pas les intérêts légaux, mais les intérêts conventionnels de la somme, c'est-à-dire les fruits civils du capital. Il restitue la chose, *cum omni causa*, avec tous les intérêts courus depuis l'extinction de l'usufruit. — Si le capital avait été remboursé quelque temps avant l'extinction de l'usufruit, et si l'usufruitier n'avait pas eu le temps de trouver un nouveau placement, comme le propriétaire n'aurait aucune faute à lui reprocher, il ne pourrait réclamer à titre d'indemnité les intérêts de ce capital devenu improductif.

auteur en était propriétaire, ils ne devraient les intérêts qu'à partir de la cessation de leur bonne foi (1).

773. La règle de la restitution immédiate comporte un certain tempérament ; le propriétaire doit laisser à l'usufruitier ou à ses héritiers, pour leur déguerpissement, un délai suffisant, variable à raison des circonstances de temps et de lieu et aussi à raison de la nature et de l'importance des objets à déplacer (2). Ainsi on doit laisser le temps nécessaire à l'enlèvement des meubles qui garnissaient la maison grevée d'usufruit et même accorder un délai pour la recherche d'un autre logement, à charge de payer le loyer de la maison pendant ce délai.

CHAPITRE II

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION

A. *Définitions. Etablissement. Extinction.*

774. D'après le droit romain, l'usage, *usus*, ne conférait en principe que le droit de se servir de la chose, mais non celui d'en percevoir les fruits, *jus utendi, non fruendi.*

Chez nous, l'usage confère, comme l'usufruit, à la fois le droit de se servir de la chose, et celui d'en percevoir les fruits, mais le tout dans la mesure seulement des besoins de l'usager. Le droit d'usage est donc un usufruit restreint. Notons cependant tout de suite une différence importante, difficile à justifier d'ailleurs, entre l'usage et l'usufruit ; elle nous est révélée par l'art. 631 : « *L'usager ne peut céder ni louer son droit à un autre* ». On sait qu'il en est autrement de l'usufruit (art. 595).

La prohibition de l'art. 631 reste applicable, bien que l'usager absorbe, en fait, tous les fruits du fonds ; cette circonstance, en effet, n'a pas pour résultat de transformer le droit d'usage en un droit d'usufruit (art. 635) (3).

(1) Cass., 30 nov. 1829, S. chr. — Aubry et Rau, II, § 235, p. 522, note 2. — *Contra* Laurent, VII, n. 96.

(2) Aubry et Rau, II, § 235, p. 522 ; Laurent, VII, n. 97.

(3) Demolombe, X, n. 787.

Puisque l'usager ne peut céder son droit, il n'a pas non plus la faculté de l'hypothéquer, et ses créanciers ne peuvent le saisir (1). Une restriction toutefois s'impose lorsque le créancier poursuivant est le propriétaire de la chose soumise au droit d'usage : dans le cas où l'usage a été établi à titre gratuit, le propriétaire lui-même ne pourrait pratiquer une saisie; l'usage équivaut alors à une sorte de pension alimentaire, et l'insaisissabilité existe à deux points de vue, dans l'intérêt de l'usager comme dans l'intérêt du propriétaire; si, au contraire, l'usage a été constitué à titre onéreux, la prohibition de l'art. 631 met seule obstacle à la saisie, dans l'intérêt du propriétaire, et le consentement de ce dernier, résultant de la saisie même qu'il pratique, suffit à lever la défense (2).

Suivant une opinion généralement acceptée (3), les créanciers ne seraient pas admis à attaquer comme frauduleuse la renonciation que l'usager aurait faite de son droit, ni à intervenir dans une demande en déchéance formée contre lui pour abus de jouissance; mais, ainsi qu'on le verra, les créanciers sont libres de saisir les fruits qui ont été perçus et ils doivent être admis, par suite, à protéger ce droit éventuel par l'exercice de l'action paulienne ou par l'intervention qu'autorise l'art. 618 (4).

Si l'usager avait cédé son droit à un tiers, au mépris de l'art. 631, la sanction ne consisterait pas nécessairement dans la perte du droit; on devrait prononcer d'abord la nullité de la cession consentie, et le propriétaire aurait en outre la faculté de provoquer la déchéance pour abus de jouissance, par application de l'art. 618 (5).

(1) Aubry et Rau, II, § 237, p. 534, note 10; Demolombe, X, n. 786 et 789; Laurent, VII, n. 114. — Chambéry, 8 mars 1862, S., 62. 2. 529.

(2) Demolombe, X, n. 789. — Aix, 4 fév. 1853, S., 53. 2. 465. — Cpr. Aubry et Rau, II, § 237, p. 534.

(3) Aubry et Rau, II, § 237, p. 535; Demolombe, X, n. 764; Proudhon, VI, n. 2795 et 2825.

(4) Cpr. Laurent, VII, n. 124. — Si un débiteur avait acquis un droit d'usage moyennant l'aliénation de certains biens, les créanciers pourraient, sans aucun doute, attaquer cette convention faite en fraude de leurs droits.

(5) Demolombe, X, n. 788.

775. Quant à l'habitation, elle n'est, d'après le code civil, qu'un cas particulier d'usage : c'est l'usage d'une maison d'habitation. Comme le droit d'usage, « *Le droit d'habitation ne peut être ni cédé ni loué* » (art. 634). Par suite il est aussi, lui, insaisissable (1). En assimilant sur ce point comme sur les autres l'habitation à l'usage, notre législateur a fait disparaître la principale différence que le droit romain avait établie entre l'*ædium usus* et *habitatio :* ce dernier pouvait seul être loué (§ 5 Inst. Just., *De usu et hab.,* II, 5).

776. Outre l'usage régulier que nous venons de définir et que réglementent les articles de notre section, il est permis d'établir un usage irrégulier, consistant dans le droit de retirer de la chose qui en est grevée une certaine utilité. Ainsi un droit de chasse peut être constitué sur un fonds au profit d'une personne déterminée, mais non au profit d'un autre fonds, à titre de servitude réelle (2).

777. Aux termes de l'art. 625 : « *Les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit* ».

= *S'établissent.* Il semblerait résulter de la combinaison de ce texte avec l'art. 579 que l'usage et l'habitation, de même que l'usufruit, peuvent être établis soit par la volonté de l'homme, soit par la loi. Mais on ne trouve dans notre droit aucun cas d'usage légal. Les art. 1465 et 1570 doivent être considérés comme établissant au profit de la veuve une créance alimentaire, un droit personnel par conséquent, bien plutôt qu'un véritable droit réel d'usage ou d'habitation.

778. Aux termes de l'art. 2-1° de la loi du 23 mars 1855, les actes entre vifs à titre onéreux, constitutifs de droits d'usage ou d'habitation, sont assujettis à la formalité de la transcription (3).

779. Lorsque l'usage porte sur des immeubles, il peut s'acquérir par l'usucapion de dix à vingt ans ou par la prescription de trente ans, mais à la condition que l'usager ait lui-même accompli des actes effectifs de possession ; il ne lui

(1) Chambéry, 8 mars 1862, précité.
(2) V. *infra*, n. 1074.
(3) V. la partie du traité consacrée à la transcription.

suffirait pas de recevoir une partie des fruits des mains du propriétaire (1). Les tribunaux devront en outre apprécier avec soin le caractère des actes de possession invoqués, et rechercher s'ils n'apparaissent pas comme des actes de simple tolérance, comme dans le cas où l'usage consisterait seulement à prendre de temps à autre du bois dans une forêt voisine (2).

780. = *Se perdent.* De là on doit conclure que le droit d'usage établi au profit d'une personne morale ne durerait pas plus de trente ans (arg. art. 619), sauf la réserve relative aux droits d'usage perpétuels qui peuvent s'établir sur les forêts (3).

781. Les art. 626 et 627 assimilent, à deux autres points de vue, l'usage et l'habitation à l'usufruit : « *On ne peut en* » *jouir, comme dans le cas de l'usufruit, sans donner préala-* » *blement caution, et sans faire des états et inventaires* » (art. 626). La confection d'un état, la caution, ne seraient plus nécessaires dans les hypothèses exceptionnelles où l'usager, d'après certains auteurs, aurait seulement le droit de réclamer au propriétaire une partie des fruits, sans posséder lui-même le fonds (4). En tout cas on doit étendre à l'usager toutes les règles indiquées à propos des art. 600 à 603. « *L'usager* » *et celui qui a un droit d'habitation doivent jouir en bon* » *père de famille* » (art. 627).

B. *Droits de l'usager.*

782. « *Les droits d'usage et d'habitation se règlent par le* » *titre qui les a établis, et reçoivent, d'après ces dispositions,* » *plus ou moins d'étendue* » (art. 628). On ne sait trop pourquoi la loi a cru devoir formuler ici cette règle, qui allait de soi, et qu'elle s'est bornée à sous-entendre en matière d'usufruit.

Le titre constitutif peut restreindre ou augmenter les droits

(1) Aubry et Rau, II, § 237, p. 532, note 2. — *Contra* Demolombe, X, n. 760; Laurent, VII, n. 106.

(2) Demolombe, X, n. 766.

(3) V. *infra*, n. 789.

(4) V. *infra*, n. 784.

de l'usager; la loi laisse toute latitude à la volonté des parties contractantes ou du constituant : ainsi l'on pourrait réduire le droit de l'usager aux seuls services de la chose, sans lui donner la jouissance des fruits, constituer, en un mot, le droit d'usage tel qu'on l'entendait en droit romain ; en sens inverse, on pourrait accorder à l'usager la faculté de céder ou de louer son droit, celle de recueillir des fruits civils au lieu de percevoir des fruits naturels, parcourir tous les degrés qui séparent l'usufruit de l'usage (1).

« *Si le titre ne s'explique pas sur l'étendue de ces droits,* » *ils sont réglés ainsi qu'il suit* » (art. 629).

« *Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds, ne peut en exi-* » *ger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa* » *famille. — Il peut en exiger pour les besoins même des en-* » *fants qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage* » (art. 630).

= *Des fruits d'un fonds.* La loi aurait dû dire simplement *d'un fonds.*

= *De sa famille.* Suivant l'opinion générale, le mot *famille* désigne ici l'agrégation de toutes les personnes dont l'usager est le chef, savoir : 1° son conjoint, alors même qu'il ne se serait marié que postérieurement à l'ouverture du droit d'usage (2) ; 2° ses enfants (légitimes, naturels ou adoptifs, *lex non distinguit*), même ceux qui sont survenus depuis la concession de l'usage (3) ; 3° ses domestiques, les précepteurs et institutrices des enfants et, d'une manière générale, les personnes attachées au service du ménage et de la maison ; mais non ses parents collatéraux et ses ascendants, ni les enfants

(1) Demolombe, X, n. 767 et 768.

(2) Toutefois si une veuve à laquelle son mari avait légué un droit d'usage ou d'habitation venait à se remarier, on pourrait, par l'interprétation de la volonté du constituant, admettre que le droit ne peut s'étendre au second mari ni aux besoins de la nouvelle famille, et même le considérer comme éteint par le fait du second mariage, le droit n'ayant été concédé qu'en vue et pour la durée de la viduité.

(3) Quelques dissidences se sont manifestées à cet égard. Proudhon, VI (n. 2779), écarte les enfants naturels et adoptifs ; Hennequin, II (p. 539), ne les admet que s'il s'agit du droit d'habitation ; mais la loi a eu la sagesse de n'établir aucune distinction entre les enfants, qui tous font partie de la famille et sont placés sous l'unique direction de son chef.

mariés (1), ni les commis ou employés. Toutefois, les personnes énumérées en dernier lieu pourraient être comprises au nombre de celles qui bénéficient de l'usage ou de l'habitation, si telles avaient été l'intention des parties ou la volonté du constituant, et l'interprétation en ce sens paraîtrait assez naturelle, si ces personnes étaient déjà entretenues par l'usager, au moment de la constitution du droit (2).

L'étendue, la compréhension du droit d'usage n'ont rien de fixe ni d'invariable ; elles se modifient avec la famille elle-même, à moins d'une intention contraire résultant du titre constitutif. D'ailleurs l'appréciation des besoins de l'usager et de sa famille forme une question de fait, dont la solution dépend de la position sociale, des habitudes, de la profession, de la santé de l'usager, de son séjour aussi à la ville ou à la campagne ; on ne doit pas prendre seulement en considération les besoins stricts et impérieusement nécessaires, mais ceux conformes à la situation spéciale du titulaire du droit, de façon à donner une interprétation raisonnable à la volonté des parties ou du constituant.

783. Quand la loi dit que l'usager a droit à la portion des fruits qui lui est nécessaire *pour ses besoins,* entendez qu'il a droit à la portion de chaque espèce de fruits du fonds qu'il peut consommer. Ainsi, en supposant que le fonds ne produise que du vin, l'usager n'aura droit chaque année qu'à dix barriques, si cette quantité suffit à sa consommation. Il n'aurait pas le droit d'en exiger trente, pour acheter, avec le prix du vin qu'il ne consommerait pas, du blé, de l'huile et toutes autres denrées qui peuvent lui être nécessaires et que le fonds ne produit pas. Comme conséquence, l'usager n'aurait pas le droit de transformer la culture du fonds, afin d'obtenir des produits variés, en suffisante quantité pour subvenir à des besoins divers, alors qu'au moment de la constitution de son droit le fonds produisait une seule espèce de fruits,

(1) Quant aux petits-enfants, ils ne font pas non plus partie de la famille de l'ascendant, s'ils ont encore leurs père et mère ou si ces derniers leur ont laissé de quoi subvenir à leurs besoins ; ils seraient compris, au cas contraire, dans la famille, puisque les grands parents leur devraient des aliments.

(2) Aubry et Rau, II, § 237, p. 533 ; Demolombe, X, n. 780.

dont une partie n'était pas nécessaire à la consommation de l'usager (1). D'ailleurs, une fois que l'usager a perçu les fruits auxquels il a droit, il est libre de les consommer ou de les vendre.

Ses créanciers sont autorisés alors à les saisir, à moins que l'usage, constitué à titre gratuit, ne revête le caractère d'une sorte de pension alimentaire.

A la mort de l'usager, la partie non absorbée de sa provision appartient à ses héritiers; la perception, en effet, a rendu l'usager propriétaire avant qu'il n'eût consommé la portion des fruits nécessaire à ses besoins.

784. L'usager d'un fonds a le droit de l'exploiter par lui-même pour en retirer la portion des fruits nécessaire à ses besoins; il n'a pas seulement le droit de demander tous les ans cette portion au propriétaire. Le droit d'usage, en effet, est un droit réel, *jus in re;* il confère par conséquent à l'usager le droit de se mettre en contact direct avec la chose. D'ailleurs plusieurs dispositions de notre chapitre n'auraient pas de sens, si on ne reconnaissait pas ce droit à l'usager. Ainsi, pourquoi le soumettre à l'obligation de faire inventaire et de donner caution, s'il n'a pas le droit de se mettre en possession des biens (art. 626)? Pourquoi dire qu'il doit jouir en bon père de famille (art. 627)? Il y a toutefois controverse sur ce point.

Mais l'opinion absolue, qui refuse toujours à l'usager le droit d'exploiter lui-même et de posséder le fonds, paraît bien aujourd'hui condamnée. Son argument se tire de l'interprétation littérale de certains mots insérés dans les art. 630 et 635 : « L'usager, d'après l'art. 630, ne peut en (les fruits) *exiger* que pour les besoins de sa famille..... »; cela prouve, dit-on, que l'usager ne perçoit pas lui-même les fruits; aux termes de l'art. 685 l'usager est assujetti aux frais de culture, ce qui suppose, ajoute-t-on, que d'autres en ont fait l'avance (2).

(1) Demolombe, X, n. 772. — Dans les cas exceptionnels où le propriétaire serait autorisé à cultiver lui-même, il ne pourrait non plus, au détriment de l'usager, unifier les cultures qui étaient diversifiées lors de la constitution du droit d'usage; chacune des parties intéressées exerce ainsi une surveillance pour assurer le maintien de l'état de choses.

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 235, 240 et 241.

Ces expressions, prises à la lettre trop étroitement, n'ont pas assez de poids pour détruire les arguments invoqués déjà en faveur de l'opinion contraire; on pourrait d'ailleurs leur opposer d'autres mots empruntés à l'art. 635 : « S'il ne *prend* qu'une partie des fruits », ce qui permet de croire à une perception effectuée par l'usager cultivant le fonds (1).

785. Ainsi l'usager a le droit de se mettre en possession et d'exploiter lui-même; l'exercice de ce droit ne soulève aucune difficulté lorsque l'usager absorbe tous les fruits du fonds; mais la question devient plus délicate lorsque l'usager ne prend qu'une partie des fruits; le propriétaire, de son côté, pourrait prétendre alors à la possession partielle du fonds; à la vérité, il y a une véritable indivision, quant à la jouissance, entre le nu propriétaire et l'usager et, à défaut d'entente amiable, il y aura lieu de procéder à un partage de jouissance dans la mesure du droit de chacun (2). Certains auteurs vont même plus loin : lorsque l'usager n'a droit qu'à une très minime partie des fruits, ils accordent aux tribunaux la faculté de confier l'exploitation entière du fonds au propriétaire, à charge d'abord de remettre annuellement à l'usager les fruits qui lui reviennent et sous telles autres conditions qui paraîtraient convenables, suivant les circonstances: à l'inverse, lorsque l'usager absorbe la presque totalité des fruits, on peut lui permettre de cultiver tout le fonds, sous l'obligation de remettre le surplus des fruits au propriétaire; cette façon d'agir paraîtrait même nécessaire si, d'après la nature, l'étendue des fonds ou d'après toute autre circonstance, on ne pouvait, sans inconvénient, diviser l'exploitation (3). Le procédé, à coup sûr, est pratique, mais il n'est pas très correct juridiquement, puisque le juge arrive ainsi à transformer un droit réel en un droit de créance et aboutit à une véritable « expropriation » de l'un ou de l'autre des deux intéressés (4).

(1) *Sic* Aubry et Rau, § 237, p. 534; Demolombe, X, n. 771.

(2) Cass., 7 nov. 1888, S., 89. 1. 169, D., 89. 1. 407. — Le même partage de jouissance serait nécessaire si l'usager se trouvait en concours avec le titulaire d'un droit d'usufruit sur le même bien.

(3) Aubry et Rau, II, § 237, p. 534 ; Demolombe, X, n. 771.

(4) Laurent, VII, n. 112.

786. Aux termes de l'art. **632** : « *Celui qui a un droit d'ha-* » *bitation dans une maison peut y demeurer avec sa famille,* » *quand même il n'aurait pas été marié à l'époque où ce droit* » *lui a été donné* ».

L'art. **633** ajoute : « *Le droit d'habitation se restreint à ce* » *qui est nécessaire pour l'habitation de celui à qui ce droit* » *est concédé, et de sa famille* ».

Le droit d'habitation dans une maison est un véritable droit d'usage sur cet immeuble ; en conséquence celui qui en jouit peut se servir des accessoires et dépendances de la maison, en proportion du logement qu'il occupe, à moins d'intention contraire résultant du titre constitutif (1) ; ainsi, dans le cas où l'usager ne jouit que d'une partie de la maison, il ne profite du jardin que proportionnellement à cette partie.

Le code ne parle pas d'une façon expresse de l'usage des meubles ; pourtant l'art. **626**, qui exige, au besoin, des inventaires, semble admettre la possibilité d'un droit d'usage mobilier et rien n'empêche, en effet, que ce droit n'ait pour objet des meubles ; on appliquerait alors les principes généraux posés à propos de l'usufruit ; en fait, les deux droits offriront très peu de différence s'il s'agit de meubles corporels, rentrant dans les prévisions de l'art. **589** ; l'usage se confond même tout à fait avec l'usufruit, lorsqu'il porte sur des choses qui se consomment par le premier usage (2).

C. *Des obligations de l'usager.*

787. En principe, elles sont les mêmes que celles de l'usufruitier. Nous en avons déjà trouvé la preuve dans les art. **626** et **627**. L'art. **635** dit à son tour : « *Si l'usager absorbe* » *tous les fruits du fonds, ou s'il occupe la totalité de la mai-* » *son, il est assujetti aux frais de culture, aux réparations* » *d'entretien, et au paiement des contributions, comme l'usu-* » *fruitier. — S'il ne prend qu'une partie des fruits, ou s'il* » *n'occupe qu'une partie de la maison, il contribue au prorata* » *de ce dont il jouit* ».

(1) Pau, 30 nov. 1874, S., 75. 2. 111.
(2) Demolombe, X, n. 785.

En ce qui concerne les frais de culture, il est sans difficulté que l'usager doit les supporter intégralement, s'il absorbe tous les fruits. Si une partie seulement des fruits suffit à sa consommation, il ne la reçoit que sous la déduction de sa part contributoire dans les frais de culture. Ce n'est donc pas une portion du produit *net* du fonds qu'on lui attribue, mais bien du produit *brut*. Entendue autrement, la disposition relative aux frais de culture n'aurait pas de sens; car l'usager ne contribuerait pas aux frais de culture, si on commençait par les prélever sur la récolte avant de lui donner la portion de cette récolte nécessaire à ses besoins. La question toutefois est controversée.

Des auteurs distinguent, suivant que l'usager cultive lui-même une partie du fonds, ou suivant que le propriétaire l'exploite en entier; dans ce dernier cas, la quantité de fruits nécessaire à l'usager se prendrait sur le produit net (1), mais on ne voit pas pourquoi l'usager qui cultive une partie du fonds serait moins bien traité que celui qui demeure étranger à l'exploitation; quant aux auteurs qui veulent toujours attribuer à l'usager une quantité de fruits calculée sur le produit net, ils tirent argument de l'art. 630: d'après ce texte l'usager a droit aux fruits nécessaires à ses besoins; si, après lui avoir accordé cette portion indispensable, on lui en retire une partie pour les frais, l'art. 630 se trouvera violé (2). Il y a bien une apparente contradiction entre l'art. 630 et l'art. 635, mais ce dernier est formel : l'usager doit contribuer aux frais de culture; l'art. 630 détermine *brut* le *quantum* du droit; l'art. 635 en fixe la *valeur nette* (3). Le texte ne parle du reste que des frais de culture et non des semences; conformément aux habitudes, on doit les prélever en nature sur la récolte de l'année avant l'attribution de la part revenant à l'usager; les semences ainsi prélevées sont attribuées à celui qui les avait fournies (4).

(1) Proudhon, VI, n. 2291, 2294.

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 241.

(3) Aubry et Rau, II, § 237, p. 535, note 15; Demolombe, X, n. 801; Laurent, VII, n. 120.

(4) Aubry et Rau, II, p. 237, p. 535, note 15; Demolombe, X, n. 802.

788. Celui qui a le droit d'habitation dans une maison dont il n'occupe qu'une partie, doit supporter les réparations d'entretien de toute la maison, proportionnellement à l'importance de la partie qu'il occupe. Il ne serait pas quitte en faisant les réparations d'entretien de cette partie.

L'art. 635 ne s'occupe pas des réparations locatives, lesquelles sont naturellement à la charge de l'usager pour la partie de la maison qu'il occupe.

Les dispositions de l'art. 599 doivent être appliquées à l'usager comme à l'usufruitier. On s'est demandé s'il convenait d'étendre aussi à l'usager les dispositions des art. 608, 609 et 612. En ce qui concerne l'art. 608, la question paraît inutile; l'art. 635, en effet, n'est que l'application de la règle posée dans l'art. 608. Quant aux art. 609 et 612 (2) ils ne paraissent pas directement applicables en dehors de l'usufruit (3); l'usager n'aura pas à supporter les intérêts des charges extraordinaires imposées à la propriété pendant la durée de son droit, ni ceux des dettes laissées par le constituant à son décès. L'usager, en effet, peut toujours prétendre à la portion des fruits nécessaire à ses besoins; indirectement il supportera le fardeau des dettes dans le cas où leur paiement aurait diminué la propriété et l'aurait rendue insuffisante à la production des fruits nécessaire aux besoins de l'usager (4).

Quant à l'art. 613, il pourra recevoir application dans la matière de l'usage; les frais des procès dans lesquels figure l'usager deviennent une dette personnelle à ce dernier dans la mesure de son intérêt.

789. L'usage n'absorbant pas comme l'usufruit toute l'utilité du fonds, la limitation de sa durée peut paraître moins essentielle que celle de l'usufruit. On s'explique ainsi que la loi reconnaisse dans les forêts des droits d'usage *perpétuels*,

(1) Aubry et Rau, II, § 237, p. 536, note 20; Demolombe, X, n. 797.

(2) En fait, on rencontrera bien rarement un droit d'usage établi sur tous les biens ou sur une quote-part du patrimoine; du reste, comme le droit d'usage est toujours limité aux besoins de l'usager, on peut affirmer que juridiquement il n'existe pas d'usage universel ni à titre universel.

(3) Laurent, VII, n. 122 et 123. — *Contra* Demolombe, X, n. 795.

(4) Demolombe, X, n. 795.

dont elle règle l'exercice et l'étendue (1). Sous le point de vue de la perpétuité, ces droits participent de la nature des services fonciers. Ils en diffèrent en ce qu'ils ne sont point établis pour l'utilité d'un héritage déterminé, mais le plus souvent au profit des habitants d'une ou plusieurs communes ou sections de communes. Par exemple, les habitants d'une commune peuvent avoir le droit de couper dans une forêt tout le bois compris sous le nom de *basses essences*. Ils se distinguent aussi par cette particularité que le propriétaire peut s'en affranchir par le rachat moyennant indemnité (C. for., art. 64, 88, 112 et 120) et au cas particulier où il s'agit d'un *usage en bois*, par le *cantonnement*, qui n'est qu'un rachat opéré moyennant l'abandon en toute propriété d'une partie du fonds (C. for., art. 63, 88, 111 et 118). Le juge a un pouvoir discrétionnaire pour déterminer l'importance de cette partie en cas de contestation (2).

Les dispositions que nous venons d'analyser sommairement, et quelques autres encore du code forestier, sont celles auxquelles fait allusion l'art. 636, ainsi conçu : « *L'usage des bois et forêts est réglé par des lois particulières* ».

(1) Il importe, du reste, d'interpréter avec soin le titre constitutif et l'exécution qu'il a reçue; sous l'apparence d'un droit d'usage perpétuel se cache parfois un droit de propriété ou de copropriété; la jurisprudence a consacré, à plusieurs reprises, une semblable solution. — V. Cass., 18 juin 1839, S., 39. 1. 767, D., 39. 1. 298; 20 mai 1840, S., 40. 1. 735, D., 40. 1. 239. — Cpr. Cass., 31 janv. 1838, S., 38. 1. 120, D., 38. 1. 161.

(2) Poitiers, 3 mars 1890, S., 92. 2. 52.

DES SERVITUDES

OU SERVICES FONCIERS

790. Le titre précédent est consacré aux servitudes *personnelles* (usufruit, usage et habitation); celui-ci aux servitudes *réelles*, ou *prédiales*, comme disaient les Romains.

L'usufruit porte sur le *jus utendi* et sur le *jus fruendi*, les servitudes réelles affectent le *jus utendi* seulement.

La servitude réelle suppose deux fonds dont l'un doit ses services à l'autre. D'où la dénomination de *services fonciers*, qui est presque une définition de cette espèce de servitude. Notre législateur paraît l'avoir employée dans la rubrique de ce titre pour témoigner que les servitudes dont il va être question n'ont rien de commun avec les servitudes féodales.

Le mot *servitude* a désigné d'abord la restriction apportée à la liberté des personnes, puis celle apportée à la liberté des héritages. Le fonds servant n'est pas libre, puisque son propriétaire est tenu de souffrir ou de ne pas faire quelque chose, dans l'intérêt du fonds dominant.

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION ET CARACTÈRES DISTINCTIFS DES SERVITUDES RÉELLES

§ I. *Définition.*

791. « *Une servitude est une charge imposée sur un héri-* » *tage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à* » *un autre propriétaire* », dit l'art. 637.

= *Une charge.* Le législateur envisage ici la servitude par rapport au fonds qui la doit : elle est une charge pour ce

fonds, en ce sens qu'elle cause une gêne et quelquefois même un préjudice à son propriétaire qui est obligé d'en souffrir l'exercice. Mais, envisagée par rapport au fonds auquel elle est due, la servitude est un droit ; aussi Pothier la définit-il : « le droit qu'a le propriétaire d'un héritage sur un héritage voisin, pour la commodité du sien ». Il en est des servitudes comme des obligations. Il n'y a pas, dit M. Laurent (1), d'obligation sans un droit corrélatif ; on ne conçoit pas un débiteur sans un créancier. De même, si un fonds est grevé d'une charge, cela suppose un autre fonds pour l'utilité duquel elle est établie.

792. = *Sur un héritage*. Le mot *héritage*, que notre article emploie après Pothier, vient, comme le mot *héritier*, de *herus*, qui signifie maître, propriétaire ; il est synonyme de *propriété*, et logiquement il aurait dû, dans sa généralité, désigner toute propriété soit mobilière, soit immobilière. Mais, dans notre ancien droit coutumier, on l'employait exclusivement pour désigner les immeubles réels ou par nature (fonds de terre et bâtiments), sans doute parce qu'on les considérait comme constituant la propriété par excellence. C'est dans ce sens restreint que notre législateur emploie le mot *héritage*, en matière de servitudes et d'hypothèques.

Il en résulte qu'une servitude ne peut pas être établie sur un arbre, bien qu'il soit immeuble tant qu'il demeure attaché au sol. La cour de cassation l'a ainsi jugé par arrêt du 6 avril 1841 (2). D'ailleurs, l'existence d'un arbre étant limitée à un terme relativement court, on s'explique très bien, au point de vue rationnel, qu'il ne puisse pas servir d'assiette à une servitude qui, de sa nature, est perpétuelle (3). Il en résulte aussi qu'une servitude ne peut pas être établie sur un immeuble par destination, ni sur un immeuble par l'objet auquel il s'applique, notamment sur une autre servitude : *servitus servitutis esse non potest*.

793. L'héritage sur lequel porte la servitude doit être dans le commerce ; car on ne peut pas acquérir un démembrement

(1) Laurent, VII, n. 132.
(2) Cass., 6 avril 1841, D. *Rép.*, v° *Action possessoire*, n. 436.
(3) V. *infra*, n. 803.

de la propriété sur un immeuble hors du commerce. Arg. art. 1598.

Cette prohibition, comme règle générale, ne concerne que les servitudes établies par le fait de l'homme. Quant aux autres servitudes, la question mérite un examen spécial pour chacune d'elles.

794. Par application de la règle, l'immeuble soumis au régime dotal ne peut, pendant la durée de son inaliénabilité, être grevé de servitudes par le fait de l'homme, si ce n'est par l'effet de la prescription, dans le cas où l'immeuble devient prescriptible tout en restant inaliénable (1).

795. Les immeubles qui font partie du domaine public, national, départemental ou communal, peuvent-ils être l'objet de droits de servitudes au profit des riverains? Leur mise hors du commerce semble, à première vue, devoir sans aucun doute s'opposer à toute constitution de servitude. Cependant la solution est loin d'offrir cette rigoureuse simplicité. Il importe, avant tout, d'examiner la destination à laquelle est affecté l'immeuble dépendant du domaine public, puisque cette destination doit nécessairement être respectée. Trois hypothèses sont à distinguer :

796. 1° La charge qui grève, au profit des propriétés voisines, l'immeuble dépendant du domaine public, est contraire à la destination de l'immeuble, incompatible avec son affectation spéciale ; aucun droit, en pareil cas, ne peut naître à l'encontre de l'Etat, des départements et des communes ; l'administration peut tolérer certains usages, accorder même certaines concessions ; mais la tolérance peut cesser et les concessions être révoquées, sans que les propriétaires aient le droit de réclamer aucune indemnité. Ainsi l'on ne pourrait acquérir le « droit » d'avoir sur une rue ou sur une place des bancs ou des marches d'escalier, ni celui d'avoir sous une voie publique une cave ou un conduit d'eau (2) ; on ne pourrait non plus acquérir la mitoyenneté du mur d'une église (3).

(1) Riom, 20 mai 1903, *Rec. Riom*, 1903. 345.

(2) Cass., 13 fév. 1828, S., 28. 1. 253. — Riom, 19 mai 1854, S., 54. 2. 589.

(3) Cass., 5 mai 1838 et Toulouse, 13 mai 1831, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 58 et 59. — On ne saurait acquérir davantage une servitude de vue, d'appui ou d'écou-

797. 2° L'usage établi au profit des propriétés voisines est conforme à l'affectation même de l'immeuble dépendant du domaine public. Il s'agit, par exemple, d'une rue ou d'une place publique; les fenêtres des maisons en bordure ouvrent sur la rue et leurs portes donnent sur la voie publique. Les propriétaires ont-ils acquis un droit pour leurs vues et leurs passages, et quelle est la nature de ce droit? Les riverains n'agissent plus ici par simple tolérance, et l'administration ne pourra directement ni indirectement leur retirer, sans indemnité, des avantages dont ils profitent. L'accord semble à peu près fait en doctrine pour admettre l'existence d'un droit au profit des riverains, et la jurisprudence n'hésite pas à consacrer, en leur faveur, le principe d'une indemnité, lorsque la désaffectation des voies et places publiques compromet la jouissance des droits acquis. La controverse, plus théorique que pratique, se concentre sur la qualification du droit reconnu aux riverains. Si l'on veut considérer le droit des riverains comme une servitude, il faut y voir une servitude d'un caractère particulier; en effet, l'administration conserve toujours la faculté de modifier l'état des lieux, de désaffecter les voies publiques et de faire disparaître ainsi le droit des riverains, ce qui est contraire, évidemment, à l'art. 701 C. civ. Une indemnité, toutefois, est due, et les avantages dont profitent les riverains sont des droits véritables; or, ces avantages, dépendances de la propriété des maisons bâties le long de la voie publique, constituent la manière d'être de cette propriété; ils participent ainsi du caractère des servitudes (1). Cependant cette qualité attribuée au droit des riverains se heurte à d'assez graves objections; une servitude, démembrement de la propriété, ne peut être acquise sur un immeuble inaliénable et imprescriptible; du reste, cette prétendue servitude se présente sous des dehors bien singuliers : le fonds servant peut en être affranchi à volonté, sans obstacle, par la libre action de l'autorité administrative; ce n'est pas une charge véritable pour le fonds assujetti, puisque les avanta-

lement des eaux sur tout ce qui peut être considéré comme dépendance de l'église. Caen, 28 déc. 1896, D., 98. 2. 133.

(1) Demolombe, XII, n. 699; Laurent, VII, n. 131 s.

ges que les riverains en retirent ne diminuent en rien l'utilité de la voie publique. Aussi, en répudiant l'idée de servitude, on a été amené à considérer le droit des riverains comme le résultat d'une convention tacite intervenue entre eux et l'administration, sous la garantie de la foi publique (1). Au moment où s'ouvre la rue, il y a comme une offre faite aux riverains de bâtir, d'ouvrir des vues, d'utiliser la voie publique conformément à sa destination, avec cet engagement sous-entendu que les riverains ne pourront être privés des avantages acquis sans une indemnité. Cette pollicitation et cette garantie se trouvent pour ainsi dire renouvelées et consacrées, d'une façon expresse et spéciale, quand l'alignement est donné aux riverains.

Quoi qu'il en soit, une indemnité est due et cette indemnité doit être appréciée, en fait, d'après le préjudice réellement causé aux riverains (2).

Qu'arrive-t-il lorsque la voie publique désaffectée a été vendue à un particulier? Aucune difficulté n'existe si le contrat impose à l'acquéreur l'obligation de respecter les vues et les passages; sinon, les riverains, privés de leurs avantages, n'ont plus d'autre ressource que de réclamer une indemnité à l'Etat, au département, à la commune, ou même à l'acquéreur, si son contrat l'oblige à payer les indemnités (3).

798. 3° Enfin, il se peut que les avantages acquis par les riverains, les usages créés à leur profit, sans être conformes à la destination de l'immeuble dépendant du domaine public, ne soient pas incompatibles avec cette destination. Dans cette hypothèse un droit peut naître, de même nature que dans le cas précédent; les riverains ne pourront être privés de leurs

(1) Aubry et Rau, III, § 249, p. 70; Pardessus, I, n. 40; Duranton, V, n. 294 et 295.

(2) V. sur le principe de l'indemnité due Cass., 5 juillet 1836, S., 36. 1. 600. — Douai, 11 fév. 1837, S., 37. 2. 366. — Rouen, 26 janv. 1853, S., 55. 2. 663. — Ord. en conseil d'Etat, 19 mars 1845, S., 45. 2. 447 et 448. — Décret en conseil d'Etat, 6 août 1852, S., 53. 2. 172.

(3) Aubry et Rau, III, § 249, p. 70, note 5 *in fine;* Laurent, VII, n. 134 et 136. — Cass., 11 fév. 1828, S., 29. 1. 164. — Orléans, 30 juill. 1861, S., 62. 2. 28. — Limoges, 9 janv. 1866, S., 66. 2. 307. — Décret en conseil d'Etat, 6 déc. 1855, S., 56. 2. 441.

avantages, sans recevoir une indemnité ; mais, comme il n'est plus possible de concevoir une offre préalable, la naissance du droit est subordonnée à une convention expresse ou tout au moins à l'expiration du temps requis pour la prescription (1),

799. La servitude, nous l'avons déjà dit, suppose deux fonds, deux *héritages,* comme dit notre article : un qui doit la servitude et que l'on appelle *fonds servant,* l'autre auquel elle est due, et que l'on désigne sous le nom de *fonds dominant.* Ces dénominations, consacrées par une tradition séculaire, ont été bannies du code civil, qui n'emploie même qu'avec une certaine réserve l'expression plus inoffensive encore de *fonds assujetti* (art. 699). Le législateur craignait d'évoquer le souvenir des servitudes féodales. L'assujettissement des personnes par l'assujettissement des fonds, tel était le trait caractéristique du régime féodal. En effet, tout ce système reposait sur trois idées : 1° hiérarchie des terres ; 2° hiérarchie des personnes ; 3° concordance entre la hiérarchie des personnes et celle des terres. C'est la hiérarchie des terres qui déterminait celle des personnes ; celle-ci était la conséquence de celle-là. Le code civil, comme le droit intermédiaire, a pris le contre-pied de ce système. Il a voulu assurer la liberté des personnes en assurant la liberté des héritages. C'est cette idée qui a dicté l'art. 638, aux termes duquel : « *La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre* ». Aujourd'hui donc les héritages sont libres comme les personnes ; et c'est là un principe d'ordre public, auquel la volonté des particuliers ne pourrait pas déroger (arg. art. 6).

800. La servitude constitue un droit *réel immobilier.*

Un droit RÉEL, car elle consiste dans une charge sur un héritage au profit d'un autre héritage. Il s'ensuit notamment que le propriétaire du fonds servant n'a pas le droit de racheter la servitude, car, en imposant le rachat au propriétaire du fonds dominant, il l'exproprierait de son droit : ce que ne permet pas l'art. 545.

Un droit IMMOBILIER, car, soit qu'on l'envisage par rapport

(1) Cpr. Cass., 17 juillet 1849, D., 49. 1. 315.

au fonds dominant, soit qu'on l'envisage par rapport au fonds servant, la servitude s'applique à un immeuble (1).

= *Pour l'usage ou l'utilité d'un héritage.* Ajoutez : *ou pour son agrément,* comme il arrive dans la servitude de *prospect, prospectus,* qui assure au propriétaire d'un fonds une vue libre sur le fonds voisin, en interdisant au propriétaire de celui-ci toute plantation ou construction qui pourrait gêner cette vue.

L'avantage à procurer au fonds dominant peut n'être qu'éventuel; il n'est pas nécessaire qu'il soit actuel.

= *Appartenant à un autre propriétaire.* Un rapport de servitude ne peut pas en effet se concevoir entre deux fonds appartenant au même maître. Le propriétaire de deux fonds pourra bien affecter l'un au service de l'autre, en passant par exemple sur celui-ci pour exploiter celui-là; mais cette affectation ne constituera qu'un exercice de son droit de propriété et non une servitude.

De même, si le propriétaire du fonds dominant acquiert le fonds servant ou réciproquement, la servitude cesse d'exister. *Nemini res sua servit jure servitutis sed prodest jure dominii.*

L'application de la règle *Nemini res sua servit* suppose la propriété exclusive de deux héritages. En effet, si la même personne est propriétaire d'un fonds et copropriétaire d'un fonds voisin, un rapport de servitude peut être établi entre ces deux fonds (2).

801. Il n'est pas essentiel, pour qu'un droit de servitude puisse exister entre deux fonds, qu'ils soient contigus ni même rapprochés l'un de l'autre. Le mot *voisins,* qui figurait dans le projet adopté par le conseil d'Etat, a été supprimé dans la rédaction définitive sur une observation du tribunat. Et, en effet, on conçoit très bien un rapport de servitude entre deux fonds plus ou moins distants l'un de l'autre. La servitude de puisage, par exemple, peut exister utilement au profit d'un fonds éloigné de celui où jaillit la source (3); de

(1) V. *supra,* n. 105.

(2) Aubry et Rau, III, § 247, p. 63; Demolombe, XII, n. 696.

(3) Il y aura parfois une question de fait à résoudre, celle de savoir si l'héritage dominant est assez rapproché du fonds servant pour retirer du droit stipulé un avantage appréciable. Cpr. Cass., 23 nov. 1808, S., 9. 1. 35.

même, un domaine complanté en vignes peut avoir le droit de prendre *jure servitutis* des échalas dans une forêt située à plusieurs kilomètres.

802. Des deux fonds, dont la servitude suppose nécessairement l'existence, l'un, le fonds servant, peut jouer lui-même son propre rôle, qui est un rôle passif, un rôle négatif consistant à souffrir l'exercice de la servitude. Le plus souvent il n'en sera pas de même du fonds dominant. Comment exercerait-il lui-même la servitude, si elle supposait l'intervention active d'une personne ? La servitude sera exercée par le propriétaire du fonds dominant ou, en termes plus exacts, par celui qui a droit à la jouissance de ce fonds : ce peut être un usufruitier ou un usager. L'on a pu, par suite, critiquer la formule de l'art. 686 qui, prise à la lettre, n'est pas rigoureusement exacte (1); mais l'idée que le législateur a voulu exprimer se dégage aisément (V. *infra*, n. **1073** et s.).

803. Les jurisconsultes romains ont dit avec exactitude que les servitudes sont des qualités des fonds, *qualitates prædiorum ;* qualités *actives* pour le fonds dominant, qui s'en trouve augmenté de valeur ; qualités *passives* pour le fonds servant, qui, devant ses services au fonds dominant, perd ainsi au profit de celui-ci une partie de son utilité et par suite de sa valeur. A ce titre, les servitudes sont inhérentes aux fonds, *prædiis inhærent ;* car les qualités d'une chose n'en peuvent être détachées.

De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes :

1° Les servitudes se transmettent avec les héritages qui les doivent ou à qui elles sont dues, *ambulant cum dominio.* Toute personne qui devient propriétaire d'un fonds peut exercer les servitudes actives auxquelles ce fonds a droit, et est tenue de souffrir les servitudes passives dont il est grevé.

2° Le propriétaire du fonds dominant ne peut pas rattacher la servitude à un autre fonds qui lui appartient, ni la vendre au propriétaire d'un autre héritage. De même le propriétaire du fonds servant ne peut pas changer l'assiette de la servitude, c'est-à-dire la transporter, l'asseoir sur un autre fonds (2).

(1) V. Planiol, *op. cit.*, n. 1897.
(2) V. cep. art. 701.

3° La perte d'un fonds entraîne celle des servitudes actives ou passives qui lui étaient inhérentes. Mais les héritages périssent rarement; aussi peut-on dire qu'en principe les servitudes sont perpétuelles, comme les fonds dont elles sont une dépendance, exception peut-être unique au principe que les démembrements de la propriété sont temporaires.

Toutefois cette perpétuité qui est de la nature des servitudes n'est pas de leur essence; une convention expresse peut limiter la durée d'une servitude. Le droit français n'a pas suivi sur ce point l'exagération du droit civil romain. Une autre conséquence excessive de la perpétuité des servitudes, admise par le droit romain, a été repoussée par le code civil. Le droit romain exigeait, pour l'établissement d'une servitude, une *causa perpetua,* c'est-à-dire un état de choses assez fixe et assez permanent pour que l'exercice de la servitude fût assuré dans l'avenir pendant un temps indéfini. Ainsi une servitude de prise d'eau ne pouvait être acquise sur un étang non alimenté par des eaux vives et susceptible de se dessécher (1). Il n'en serait plus de même aujourd'hui.

4° Une servitude active est atteinte de plein droit par l'hypothèque établie sur le fonds auquel elle appartient; mais elle ne peut pas être hypothéquée séparément de ce fonds. De même, si un fonds au profit duquel existe une servitude est saisi par les créanciers du propriétaire, la servitude est comprise de plein droit dans la saisie, en ce sens qu'elle sera vendue avec le fonds; mais elle ne peut pas être saisie séparément du fonds.

Les servitudes ne peuvent non plus faire l'objet d'un privilège; en conséquence, le propriétaire du fonds servant qui a concédé une servitude moyennant une somme d'argent, ne sera pas colloqué par privilège sur le prix du fonds dominant (2).

804. Doit-on considérer l'indivisibilité comme un caractère essentiel des servitudes? La question est plus théorique que pratique. Grâce aux solutions contenues dans les art. 700,

(1) Accarias, *Précis de droit romain,* I, p. 633.
(2) Paris, 10 mai 1898, D., 98. 2. 497.

709 et 710 on est d'accord sur les difficultés d'application que pourrait faire naître ce caractère des servitudes. On a soutenu que les servitudes sont, comme tout autre droit, divisibles ou indivisibles, suivant que l'avantage qu'elles procurent est susceptible ou non de division (1). Mais il semble préférable de se ranger à l'opinion des jurisconsultes romains reproduite par Pothier : « Les droits de servitude réelle sont indivisibles et ne sont pas susceptibles de parties ni réelles, ni même intellectuelles ; car il répugne qu'un héritage ait pour partie sur l'héritage voisin un droit de passage, un droit de vue ou quelque autre droit de servitude, et il répugne pareillement qu'un autre héritage en soit chargé pour partie » (2). Toutefois malgré ce caractère d'indivisibilité la convention peut limiter la servitude quant à son mode d'exercice et quant à sa durée, de même que la prescription peut en restreindre ou en modifier les effets (3).

§ II. *Distinction de la servitude et du droit de propriété ou de copropriété.*

805. Dans certains cas, il peut y avoir doute sur le point de savoir si le droit qu'une personne prétend sur un immeuble est un droit de servitude, ou bien au contraire un droit de propriété ou de copropriété. Votre fonds est séparé de la voie publique par le mien : vous le desservez à l'aide d'un chemin empierré qui traverse mon héritage. A quel titre passez-vous ainsi dans ma propriété ? Le plus souvent ce sera à titre de servitude, *jure servitutis*, mon fonds étant grevé d'une servitude de passage au profit du vôtre. Mais il se peut aussi que vous agissiez à titre de propriétaire, *jure dominii*, le terrain affecté au passage étant votre propriété exclusive. Enfin une troisième hypothèse est possible. Le terrain consacré au passage nous appartient peut-être en commun, et c'est à titre de copropriétaires que nous y passons l'un et l'autre. Une sem-

(1) Toullier, VI, n. 783 s.; Pardessus, I, n. 22 s.

(2) Pothier, *Coutume d'Orléans, Introduction au titre des servitudes*, tit. XIII, n. 23.

(3) Aubry et Rau, III, § 247, p. 65 et 66; Demolombe, XII, n. 701; Laurent, VII, n. 156 et 157.

blable copropriété a le plus souvent sa source dans un partage de famille.

Une difficulté analogue peut se présenter pour un abreuvoir ou une source desservant deux domaines, pour une porte cochère, une cour, un puits ou une fosse d'aisance, affectés au service de deux maisons.

La question proposée présente une très grande importance, car il y a entre le droit de servitude et le droit de propriété ou de copropriété des différences considérables. Nous indiquons les principales.

1° Le droit de propriété ou de copropriété peut s'acquérir par la prescription acquisitive ou usucapion, tandis que ce mode d'établissement n'est pas possible pour les servitudes, à l'exception de celles qui sont à la fois continues et apparentes.

2° Celui qui a un droit de propriété ou de copropriété peut, le cas échéant, intenter l'action possessoire pour se faire maintenir ou réintégrer dans sa possession, et s'assurer ainsi le rôle de défendeur au procès engagé sur la question de propriété, avantage considérable au point de vue de la preuve.

Autre est la situation de celui qui prétend seulement à un droit de servitude sur un immeuble. L'action possessoire lui appartient incontestablement si la servitude prétendue est à la fois continue et apparente (arg. art. 690 et 2229 C. civ., et 23 C. pr.) (1). Une jurisprudence constante lui reconnaît également le droit à l'action possessoire au cas de servitude discontinue ou non apparente, lorsque la possession est caractérisée par un titre émanant de l'homme ou de la loi. Ce titre ferait disparaître la présomption de précarité qui s'attache à la possession d'une servitude discontinue ou non apparente.

Il est certain, d'ailleurs, que l'action possessoire fait défaut (2) si la servitude discontinue ou non apparente ne s'appuie pas sur un titre.

3° Les droits du propriétaire ou du copropriétaire sont bien plus étendus que les droits de celui qui ne peut prétendre

(1) Cass., 22 nov. 1892, S., 93. 1. 29.

(2) Cass., 30 juill. 1889, S., 91. 1. 405, D., 90. 1. 427; 1er juill. 1890, S., 92. 1. 15, et 1er fév. 1893, S., 93. 1. 132, D., 93. 1. 208, et 14 avril 1893, S., 93. 1. 463, D., 93. 1. 415.

qu'à une simple servitude. Ainsi, le copropriétaire d'une source peut se servir de l'eau pour tous les usages dont elle est susceptible, sous la seule réserve de ne pas porter atteinte au droit des autres copropriétaires : par exemple, il peut employer l'eau pour laver du linge ou des légumes ; tandis que celui qui n'a qu'une servitude de puisage, n'a pas d'autre droit que celui de venir puiser de l'eau.

4° Le droit de servitude se perd par le non-usage pendant trente ans ; au contraire, le simple non-usage, quelque prolongé qu'il soit, ne peut jamais faire périr le droit de propriété ou de copropriété (1).

5° Au cas de servitude, le propriétaire du fonds assujetti est autorisé, dans certains cas, à déplacer l'assiette de la servitude, en offrant au propriétaire du fonds dominant un autre endroit aussi commode pour son exercice (art. 701 *in fine*) ; une offre de ce genre ne peut jamais être imposée à celui qui exerce un droit, en qualité de propriétaire ou de copropriétaire. Ce serait une expropriation, et notre loi ne l'autorise que pour cause d'utilité publique (art. 545) (2).

806. L'intérêt de la question que nous venons de poser étant ainsi mis à jour, recherchons la solution qu'elle doit recevoir au cas de contestation entre les intéressés.

La décision du litige sera, en général, facile, lorsqu'il existera des titres, un acte de vente ou de partage par exemple. Il s'agira d'interpréter les termes de l'acte. Le juge a un pouvoir souverain pour cette interprétation ; il n'a pas à craindre la censure de la cour de cassation (3). Au cas où le titre produit est un partage, si les termes de l'acte ne sont pas précis, on devra présumer, dans le doute, que les parties du fonds laissées à l'usage de tous (le puits, la cour, l'allée, la source) appartiennent en commun aux ayant droit, car ils en étaient copropriétaires avant le partage, et, pour que le droit de propriété appartenant à tous ait pu se transformer en un droit de propriété exclusive au profit de l'un des intéressés sous la

(1) V. Cass., 25 avril 1855, S., 56. 1. 396.

(2) Cass., 17 nov. 1841, S., 41. 1. 130 ; 15 fév. 1858, S., 58. 1. 347. — Paris, 15 mars 1856, S., 57. 2. 61. — Cpr. Lyon, 5 janv. 1849, S., 50. 2. 166.

(3) Cass., 15 fév. 1842, S., 42. 1. 344, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 53.

réserve seulement d'un droit de servitude au profit des autres, une convention formelle et bien précise paraît nécessaire. Dans le doute, on doit naturellement supposer que les ayant droit ont conservé le titre qu'ils avaient avant le partage sur la chose aujourd'hui litigieuse, celui de copropriétaires.

807. L'embarras du juge pourra être très grand lorsqu'il n'y aura pas de titre.

Au possessoire, tout d'abord. J'ai passé pendant un certain temps sur votre propriété par un chemin macadamisé. Un jour vous fermez le passage, et vous élevez la prétention de m'empêcher de passer à l'avenir. Je vous attaque au possessoire devant le juge de paix, alléguant une possession annale. Vous répondez : l'action possessoire ne doit pas réussir, parce qu'il s'agit d'une servitude de passage, servitude discontinue, non susceptible d'être acquise par la prescription et dont la possession ne peut pas non plus servir de base à l'action possessoire (arg. art. 2229 et 2232). Alors je réplique : ce n'est pas un droit de servitude que je prétends avoir sur votre fonds mais un droit de propriété : je suis propriétaire du terrain affecté au passage, ma possession réunit tous les caractères exigés par l'art. 2229 pour l'exercice de l'action possessoire et je dois y triompher. Le juge de paix devra, à notre avis, ordonner une enquête pour préciser la nature de la possession. Il s'agit de savoir si les actes de possession ont été exercés *jure servitutis* ou *jure dominii*. Suivant le résultat de cette enquête, le juge admettra ou n'admettra pas l'action possessoire.

Si j'ai triomphé sur l'action possessoire, j'aurai la partie belle au pétitoire. En effet, il appartiendra à mon adversaire, qui jouera le rôle de demandeur, de prouver que je ne suis pas propriétaire du terrain sur lequel j'ai passé, que ce terrain est sa propriété exclusive et qu'il ne m'a laissé passer que par tolérance. Si, au contraire, j'ai succombé sur l'action possessoire, forcé de prendre le rôle de demandeur au pétitoire, j'aurai à prouver le droit de propriété ou de copropriétaire que j'invoque : ce qui sera difficile si je n'ai pas de titre, et si je n'ai pas accompli d'autre acte de possession que le fait de passer : car il me faudra alors établir que j'ai passé

pendant trente ans *jure dominii* et non pas seulement *jure servitutis,* la servitude de passage n'étant pas susceptible de s'établir par la prescription.

808. Sous l'empire du code civil, le cas le plus délicat, à notre avis, soit au possessoire, soit au pétitoire était celui des chemins ou sentiers d'exploitation. On désigne sous ce nom ceux qui servent exclusivement à la communication entre divers héritages ou à leur exploitation (loi du 20 août 1881 art. 33). Ces chemins sont fort nombreux dans les pays où la terre est très divisée, et leur origine est le plus souvent très lointaine. Ils sont indispensables pour permettre aux propriétaires d'exploiter leurs terres en passant les uns sur les autres. Ces chemins sont-ils la copropriété de ceux qui s'en servent? Ou bien appartiennent-ils exclusivement à ceux dont ils traversent ou bordent les fonds, sous la charge d'une servitude au profit des autres? Le code civil ne résolvait pas la question. Lalaure (1) dit que les chemins dont il s'agit sont présumés appartenir en commun aux divers intéressés, et son opinion avait été consacrée par la jurisprudence. La loi du 20 août 1881 est venue donner à la question une solution différente.

L'art. 33 de cette loi dispose qu'en l'absence de titres les chemins et sentiers d'exploitation sont présumés appartenir « aux propriétaires riverains, chacun en droit soi; mais l'usage en est commun à tous les intéressés ».

Ainsi ce n'est plus à tous ceux qui ont le droit de s'en servir, à tous les intéressés que les chemins d'exploitation sont présumés appartenir, mais bien aux propriétaires riverains seulement, chacun pour la partie qui borde ou traverse son fonds. A la propriété indivise qui appartenait à tous les intéressés, la loi nouvelle substitue une propriété divise qui est présumée appartenir à chaque riverain pour la partie du chemin qui fait face à son fonds. Cette innovation présente un très grand avantage pour le cas où le chemin vient à être supprimé; elle évite entre les intéressés une licitation ou un partage véritablement impossible à opérer. Mais là se borne l'innovation de la loi de 1881. Elle maintient les droits de

(1) Lalaure, *Traité des servitudes,* liv. III, ch. VII, p. 233 s.

ceux qui pourraient prétendre à l'usage du chemin, sans en être riverains, notamment du propriétaire *terminus*, de celui à la propriété duquel le chemin aboutit, de celui dont la propriété commence là où le chemin finit. On peut tirer argument en ce sens de ces mots de l'art. 33 : « *Mais l'usage en est commun à tous les intéressés* » et des art. 34, 35 et 37 (1). Aujourd'hui donc, les chemins d'exploitation sont présumés appartenir aux propriétaires riverains, chacun en droit soi, sous la charge d'une servitude, au profit de tous ceux qui ont droit à l'usage du chemin. La cour de Chambéry a tiré du principe cette juste déduction que le propriétaire dont le chemin traverse la propriété peut invoquer la disposition de l'art. 701 pour changer l'assiette de la servitude (2).

809. S'il y a un titre établissant le droit de copropriété des intéressés, une autre difficulté se présente. L'un des copropriétaires pourra-t-il demander le partage de la chose? L'affirmative semblerait bien résulter des termes absolus de l'art. 815. Mais la jurisprudence admet que le principe consacré par cet article reçoit exception, lorsque la chose dont la propriété a été laissée en commun est nécessaire à chacun des copropriétaires, pour que son droit de jouissance puisse s'exercer sur la chose principale, comme il arrivera, par exemple, s'il s'agit d'une porte cochère desservant deux maisons contiguës, ou d'une ruelle laissée entre deux maisons et dont chaque voisin a besoin pour avoir accès dans sa cave, ou d'un puits, ou d'une fosse d'aisance (3).

810. Un même droit est quelquefois susceptible d'être établi soit à titre d'obligation, *jure obligationis*, soit à titre de servitude personnelle (usufruit, usage ou habitation), soit à titre de servitude réelle. Dans le premier cas, nous sommes en présence d'un droit *personnel;* dans les deux derniers, en présence d'un droit *réel*. Ce point présentant une grande importance, nous l'éclaircissons par un exemple.

(1) Cass., 14 avril 1891, S., 91. 1. 242, D., 91. 1. 179. — Cpr. Cass., 19 juillet 1893, S., 94. 1. 119.

(2) Chambéry, 15 juillet 1890, S., 92. 2. 218.

(3) Cass., 17 mai 1887, S., 90. 1. 315, D., 88. 1. 60. — V. *supra* toute la théorie de la *copropriété avec indivision forcée*, n. 272 s.

Je suis propriétaire d'un château et vous d'une forêt dans le voisinage. Il me faut tous les ans cent stères de bois pour le chauffage de mon château, et votre forêt peut facilement les fournir. Je pourrai les obtenir en faisant avec vous l'une des trois conventions suivantes :

1° Je conviendrai avec vous que vous me fournirez chaque année, moyennant une somme de mille francs, par exemple, les cent stères de bois dont j'ai besoin. Cette convention fera naître à mon profit une créance, un droit personnel par conséquent, et à votre charge une obligation.

2° J'obtiendrai de vous que, moyennant une somme de 10.000 fr., une fois payée, vous m'accorderez le droit, tant que je vivrai, de couper tous les ans dans votre forêt les cent stères de bois nécessaires à ma consommation. Cette convention fera naître à mon profit un droit d'usage sur votre forêt, une servitude personnelle par conséquent ;

3° Nous conviendrons ensemble que, moyennant une somme de 20.000 fr., une fois payée, mon château aura droit à perpétuité à cent stères de bois par an, à prendre dans votre forêt. Ici la convention aura fait naître au profit de mon fonds un droit de servitude réelle sur le vôtre.

Voilà donc un même droit, celui d'obtenir le bois nécessaire à mon chauffage, qui peut être établi sous trois formes différentes. Et il n'est pas inutile de savoir laquelle ; car grandes sont les différences entre le droit personnel, la servitude personnelle et la servitude réelle. Nous allons indiquer les principales.

§ III. *Différences entre le droit personnel et la servitude réelle.*

811. 1° Le droit personnel ou droit de créance existe au profit d'une personne ; le droit de servitude réelle, au profit d'un fonds. Dans l'espèce proposée tout à l'heure, si la convention relative au bois de chauffage a engendré un droit de créance, ce droit ne sera pas attaché à mon fonds, de sorte que, si je vends le fonds, l'acheteur n'aura pas droit au bois, et je conserverai le droit de le réclamer. Il en sera autrement

si la convention a fait naître un droit de servitude au profit de mon fonds : en le vendant je transmettrai nécessairement mon droit à l'acheteur, et par conséquent je le perdrai ;

2° Le droit de créance existe contre une personne, tandis que le droit de servitude existe contre un fonds. Dans l'espèce qui vient d'être proposée, si la convention a fait naître un droit personnel, vous serez tenu de son exécution même après avoir vendu votre forêt, parce que ce n'est pas le fonds qui doit, c'est vous, et un débiteur ne peut pas par son fait se soustraire à l'exécution de son obligation. Après votre mort vos héritiers seront tenus à votre place, parce que nos obligations passent à nos héritiers. Au contraire, si la convention a fait naître un droit de servitude réelle, c'est votre fonds qui est débiteur et non votre personne : par conséquent, le jour où vous aurez cessé d'être propriétaire du fonds, vous ne serez plus tenu envers moi, et la charge passera au nouveau propriétaire du fonds (1).

3° Le droit de créance permet de forcer le débiteur à jouer un rôle actif, d'exiger de lui une prestation ; il est tenu *ad aliquid dandum vel faciendum vel præstandum*. Dans notre espèce, si la convention a fait naître un droit de créance, je puis exiger que vous me fournissiez la quantité de bois convenue, même que vous m'en fassiez la livraison à domicile, si vous en avez pris l'engagement. Au contraire, le droit de servitude ne permet pas au propriétaire du fonds dominant d'exiger une prestation du propriétaire du fonds servant. Celui-ci n'est tenu que d'un rôle passif, *tenetur in non faciendo, non in faciendo*. Dans notre espèce, si la convention établit un droit de servitude entre nos deux fonds, je ne pourrai pas exiger que vous coupiez le bois et que vous me le livriez ; j'aurai seulement le droit d'aller le couper dans votre forêt sans que vous puissiez vous y opposer. Toutefois cette différence n'est pas essentielle ; car on pourrait convenir que le propriétaire du fonds servant jouera un rôle actif, qu'il coupera le bois dans l'espèce proposée (art. 698) ; mais le propriétaire pourrait toujours s'affranchir de la charge par

(1) Paris, 5 mars 1896, D., 96. 2. 423.

l'abandon du fonds servant (art. 699), tandis qu'il n'aurait pas ce droit s'il était lié par un lien d'obligation.

4° Le titulaire d'un droit de créance peut le céder; au contraire le propriétaire d'un fonds, au profit duquel existe un droit de servitude, ne peut pas céder ce droit; du moins il ne peut le céder qu'avec le fonds auquel il appartient.

§ IV. *Différences entre le droit de créance et la servitude personnelle.*

812. 1° Le droit de créance existe contre une personne; le droit de servitude personnelle contre une chose.

2° Le droit de créance permet au créancier de forcer le débiteur à accomplir une prestation, *ad aliquid dandum vel faciendum vel præstandum;* au contraire, celui dont le fonds est grevé d'une servitude personnelle n'est tenu que d'une obligation négative, souffrir la servitude, *tenetur in non faciendo, non in faciendo.*

3° Le droit de créance est transmissible aux héritiers du créancier; le droit de servitude personnelle est attaché à la personne du titulaire et meurt avec lui.

§ V. *Différences entre les servitudes personnelles et les servitudes réelles.*

813. 1° Elles diffèrent d'abord au point de vue du sujet actif de la servitude. Les servitudes personnelles sont établies au profit d'une personne, les servitudes réelles au profit d'un fonds.

2° Elles diffèrent aussi quant à leur sujet passif. Les servitudes personnelles peuvent être établies sur des choses soit mobilières, soit immobilières; les servitudes réelles ne peuvent être établies que sur des héritages, c'est-à-dire sur des fonds de terre ou sur des bâtiments. Les premières peuvent donc être soit mobilières, soit immobilières, suivant la nature de leur objet, tandis que les secondes sont nécessairement immobilières (arg. art. 526 et 529).

3° Les servitudes personnelles sont temporaires, comme les personnes en vue desquelles elles sont établies; les servi-

tudes réelles sont perpétuelles, comme les fonds auxquels elles sont inhérentes, *qualitates prædiorum*. Mais, en revanche, les premières ont une existence indépendante, et sont susceptibles à ce titre (l'usufruit, tout au moins) de faire l'objet direct d'une cession, d'un louage, d'une hypothèque, d'une saisie, suivant les cas, tandis que le sort des secondes est nécessairement lié à celui du fonds dominant, qu'elles suivent partout, et séparément duquel elles ne sauraient en aucun cas être cédées, louées, hypothéquées ni saisies.

Les unes comme les autres, d'ailleurs, constituent des droits réels, *jura in re*.

814. En cas de doute sur le point de savoir quelle est la nature du service qui a été stipulé, il appartient aux tribunaux de décider souverainement si les parties ont entendu créer une servitude réelle, ou une servitude personnelle, ou un simple droit d'obligation. Les termes de l'acte constitutif fourniront le principal élément de décision (1).

815. En résumé, la servitude réelle suppose deux fonds, appartenant à deux propriétaires différents dont l'un doit ses services à l'autre : d'où la dénomination de *services fonciers*. Elle constitue une qualité active pour le fonds dominant, et une qualité passive pour le fonds servant. A ce titre, les servitudes sont attachées aux fonds activement ou passivement, *prædiis inhærent :* elles les suivent en quelques mains qu'ils passent, *ambulant cum dominio,* en ce sens qu'une servitude peut être exercée par le propriétaire du fonds dominant, quel qu'il soit, et doit être soufferte par le propriétaire, quel qu'il soit également, du fonds servant, sauf cependant la question de transcription.

§ VI. *Division des servitudes.*

816. Aux termes de l'art. 639 : « *Elle* [la servitude] *dérive* » *ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations* » *imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires* ».

Il y a donc trois catégories de servitudes : 1° les servitudes

(1) Cpr. Cass., 5 juin 1889, S., 90. 1. 14.

résultant de la situation naturelle des lieux, ou servitudes *naturelles;* 2° les servitudes *dérivant des obligations imposées par la loi,* ou mieux les servitudes *légales;* 3° les servitudes *dérivant des conventions entre les propriétaires,* ou, comme le dit en termes plus exacts la rubrique du chapitre III, les servitudes *établies par le fait de l'homme;* car la convention n'est pas l'unique source de ces servitudes qui peuvent également être établies par testament, par la destination du père de famille ou par la prescription de trente ans.

817. Cette division tripartite des servitudes a été très vivement critiquée. Il n'y a pas de motif, a-t-on dit, pour distinguer les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux des servitudes établies par la loi. Quelle différence voit-on, par exemple, au point de vue de la nature du droit, entre la servitude dont parle l'art. 646, qui permet à tout propriétaire « d'obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës », et celle de l'art. 663, aux termes duquel : « Chacun peut contraindre son voisin dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins... » ? Et comment expliquer rationnellement que la première appartient à la catégorie des servitudes *qui dérivent de la situation naturelle des lieux,* et la seconde à celle des servitudes *établies par la loi?* Il aurait donc fallu confondre ces deux catégories en une seule, et dire en conséquence pour les servitudes réelles ce que les art. 579 et 625 combinés disent pour les servitudes personnelles : les servitudes sont établies par la loi ou par le fait de l'homme.

On peut répondre cependant, pour justifier la différence des servitudes naturelles et des servitudes légales, que les premières sont écrites en quelque sorte sur le sol par la nature elle-même, de sorte que la loi les constate et les consacre, bien plus qu'elle ne les crée, à tel point qu'on ne concevrait pas une législation qui ne reconnaîtrait pas l'existence de ces servitudes ; tandis que les servitudes légales sont véritablement créées par la loi, qui aurait pu ne pas les établir. Ainsi il y a telle législation dans laquelle un propriétaire, joignant un mur, ne peut pas forcer celui auquel

appartient ce mur à lui en céder la mitoyenneté, comme le permet l'art. 661; tandis qu'on ne concevrait pas une législation dans laquelle le propriétaire d'un fonds ne serait pas obligé de recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs (art. 640).

818. La division de la loi a donné lieu à une autre critique. Les servitudes naturelles et les servitudes légales, a-t-on dit, ne sont pas de véritables servitudes; car elles constituent le droit commun de la propriété foncière en France, et la servitude suppose une exception à ce droit commun. Ce sont si peu des servitudes qu'il est souvent impossible de dire quel est le fonds dominant et quel est le fonds servant (voyez notamment art. 646 et 671). Elles semblent même être le contraire d'une servitude, car c'est précisément le fonds qui s'y trouverait soustrait par la volonté du propriétaire, qui serait en état de servitude : tel serait le cas où le propriétaire d'un fonds aurait autorisé le propriétaire du fonds voisin à planter plus près que la distance légale. En réglementant la propriété foncière (les servitudes naturelles et légales ont été établies à cette fin), le législateur n'a pas plus mis les fonds en état de servitude, qu'il n'y a placé les personnes en restreignant l'exercice de leur droit de liberté dans de sages limites, afin que cet exercice fût compatible avec le maintien du bon ordre social. Et c'est bien ainsi que l'on comprend les choses dans le langage usuel. Quand un fonds n'est pas grevé de servitudes autres que les servitudes naturelles et les servitudes légales, le propriétaire, en l'aliénant, n'hésite pas à le déclarer libre de toute servitude. C'est qu'en effet il n'y a de véritables servitudes que celles qui résultent du fait de l'homme, parce que ce sont les seules qui constituent une exception au droit commun de la propriété foncière.

Cette fois, il nous semble difficile de répondre. Quoi qu'il en soit, en qualifiant de *servitudes* (naturelles ou légales) les différentes charges qu'il impose ici à la propriété foncière, en vue de la réglementer, et en leur donnant asile dans le titre *Des servitudes ou services fonciers,* notre législateur a prouvé clairement qu'il considérait toutes ces charges comme ayant un égal caractère de *réalité*. Il en résulte que les con-

testations auxquelles peuvent donner lieu les servitudes naturelles ou légales, aussi bien que celles qui peuvent s'élever au sujet des servitudes résultant du fait de l'homme, seront toujours de la compétence du tribunal de la situation des immeubles litigieux (arg. art. 59, al. 3 C. pr.). On doit en conclure également que le propriétaire du fonds assujetti peut se libérer de la servitude par l'abandon de ce fonds. L'art. 656 le dit pour un cas particulier, et sa disposition doit être généralisée. Et toutefois l'art. 1370 fait naître quelque doute à ce sujet, quand il nous présente les charges résultant du voisinage comme des « *engagements* formés involontaire- » ment », et résultant « de l'autorité seule de la loi », paraissant bien dire ainsi que les charges dont il s'agit constituent des *obligations* ayant leur source dans la loi, donc des droits *personnels*. Même langage, ou à peu près, dans les art. 639, 651 et 652. Le doute s'accentue, quand on voit que, dans notre ancien droit, les charges imposées aux propriétaires voisins, et dont notre code a fait des servitudes naturelles ou légales, étaient considérées comme des charges personnelles, comme des obligations résultant de ce que Pothier appelle le *quasi-contrat de voisinage*. Mais en définitive la place et le nom, que le législateur a donnés à ces charges, doivent prévaloir sur des expressions qui n'ont pas été peut-être suffisamment pesées. Ici, comme ailleurs, il est arrivé que le législateur, tout en répudiant le système admis par notre ancien droit, a employé *passim* des expressions qui lui sont empruntées. Quand on rompt avec une tradition par les idées, il n'est pas toujours facile de rompre immédiatement avec elle par le langage.

819. Les servitudes naturelles ou légales peuvent-elles être modifiées par l'effet d'une convention ou de la prescription ? Non, s'il s'agit de servitudes touchant à l'ordre public, c'est-à-dire établies dans des vues d'intérêt général, telles que les servitudes militaires, les servitudes établies sur les rives des fleuves dans l'intérêt de la navigation. (Arg. art. 6.) Oui, au contraire, s'il s'agit de servitudes d'intérêt privé. De ce nombre sont la plupart des servitudes naturelles ou légales réglementées par le code civil.

CHAPITRE II

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX

820. Les restrictions au droit de propriété, que le législateur établit ici sous le nom de *servitudes,* sont dites servitudes *naturelles,* parce qu'elles sont l'œuvre de la nature bien plus que de la loi, qui ne fait en quelque sorte que les enregistrer et ordonner aux particuliers de les respecter.

On peut s'étonner d'ailleurs de trouver sous cette rubrique un certain nombre de dispositions, qui, n'étant qu'une consécration du droit de maîtrise appartenant au propriétaire, auraient semblé bien mieux à leur place au titre *De la propriété,* notamment celle de l'art. 647 qui reconnaît à tout propriétaire le droit de clore son héritage. Fidèles à notre plan, nous respectons l'œuvre du législateur, même dans ses imperfections et nous suivrons, par conséquent, ici comme ailleurs, la marche qu'il a adoptée.

Notre chapitre traite : 1° des eaux (art. 640 à 645) ; 2° du bornage (art. 646) ; 3° de la clôture (art. 647). Ces dispositions feront l'objet d'autant de sections différentes.

SECTION PREMIÈRE

DES EAUX

821. La loi parle ici successivement : 1° des eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs vers les fonds inférieurs (art. 640 et641) ; 2° des eaux pluviales (art. 641)(1) ; 3° des eaux de source (art. 642 et 643) ; 4° des eaux courantes qui bordent un héritage ou qui le traversent (art. 644 à 645). Nous étudierons ces dispositions dans quatre paragraphes

(1) Avant la loi du 8 avril 1898, le code ne contenait aucune disposition sur les eaux pluviales ; cette lacune a été comblée dans le nouvel art. 641 ; il nous a paru préférable, par suite, de modifier le plan suivi dans la première édition et d'étudier en seconde ligne les eaux pluviales, au lieu de traiter cette matière dans le § 5. — V. pour tout ce qui concerne la loi du 8 avril 1898, le très intéresssant commentaire de MM. Graux et Renard dans les *Lois nouvelles,* année 1898, p. 453 s.

distincts; un cinquième sera consacré aux lois postérieures qui les ont complétées.

Une loi très importante, déjà signalée (1), est venue réglementer à nouveau le régime des eaux; c'est la loi du 8 avril 1898, formant le livre II du code rural; elle s'occupe exclusivement des eaux *rurales* et *courantes*, laissant en dehors de ses prévisions les eaux urbaines et industrielles, les eaux de mer et les eaux dormantes, telles que celles des lacs, étangs ou marais. Les eaux vives, auxquelles la loi se réfère, comprennent trois catégories : les eaux pluviales, les sources et les cours d'eau. La loi contient 53 articles; la plupart de ses dispositions, étrangères au droit civil, demeurent en dehors du code; certains textes intéressant le droit civil ne sont pas non plus insérés dans le code; enfin les règles les plus importantes, au point de vue du droit civil, ont conduit à refondre différents articles du code. Nous avons déjà vu la modification de l'art. 563; il nous reste à examiner les retouches subies par les art. 641, 642 et 643 du code civil (2).

§ I. *Des eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs vers les fonds inférieurs.*

822. Aux termes de l'art. 640 : « *Les fonds inférieurs sont* » *assujettis envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les* » *eaux qui en découlent naturellement sans que la main de* » *l'homme y ait contribué. — Le propriétaire inférieur ne* » *peut point élever de digue qui empêche cet écoulement. —* » *Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la* » *servitude du fonds inférieur* ».

(1) V. *supra*, n. 419.

(2) Les anciens art. 641, 642 et 643 du code civil étaient ainsi conçus : « Art. 641. Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription. — Art. 642. La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété. — Art. 643. Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau l'eau qui leur est nécessaire; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par des experts ».

C'est en vertu d'une loi de la nature que les eaux découlent des fonds supérieurs vers les fonds inférieurs. Cette loi s'impose à l'homme et notre article oblige les propriétaires à la respecter : autrement ils seraient dans un état perpétuel d'hostilité les uns à l'égard des autres.

Tous les fonds de terre sont soumis à cette servitude, même ceux qui font partie du domaine public, sauf l'application des règlements de voirie (1).

Il importe peu que les eaux provenant du fonds supérieur traversent d'abord une voie publique pour s'écouler ensuite sur le fonds inférieur (2). En pareil cas, la voie publique, assujettie à recevoir les eaux des terrains plus élevés, joue elle-même le rôle de fonds supérieur par rapport aux propriétés placées à un niveau inférieur. Si, cependant, lors de la construction de la route, on avait créé des pentes artificielles et changé la direction naturelle des eaux, les propriétaires des fonds inférieurs, obligés, dans un intérêt public, de recevoir les eaux, pourraient prétendre à une indemnité, laquelle serait réglée par le tribunal civil et non par le conseil de préfecture (3).

L'art. 640 assujettit les fonds inférieurs à recevoir toutes les eaux qui découlent *naturellement* des fonds supérieurs, donc non seulement les eaux de pluie, mais aussi les eaux de source et celles provenant de la fonte des neiges, et les neiges elles-mêmes sous forme d'avalanches, dans les pays de montagnes, à plus forte raison les vases, graviers et toutes autres matières que les eaux charrient naturellement avec elles.

Les éboulements, qui ont pour cause toute naturelle le travail des eaux, la pente du terrain, les vices du sol, n'engagent en aucune façon la responsabilité du propriétaire, alors même que ces éboulements auraient occasionné des dommages aux fonds inférieurs (4).

(1) Cass., 2 mars 1855, S., 55. 1. 550.

(2) Cass., 24 juin 1867, S., 67. 1. 325, D., 67. 1. 503; 3 août 1852, S., 52. 1. 654, D., 51. 1. 220.

(3) Cpr. Cass., 9 août 1880, S., 81. 1. 358, D., 81. 1. 206.

(4) Demolombe, XI, n. 54 s. — Cpr. Poitiers, 6 mai 1856, S., 56. 2. 470, D., 56. 2. 182.

823. Le propriétaire inférieur, dit la loi, ne peut point élever de digue qui empêche l'écoulement des eaux. Ajoutez : ni en général faire aucun travail qui contrarie l'œuvre de la nature (1), à moins cependant que ces travaux n'allègent pour lui la servitude, sans nuire en rien au propriétaire du fonds supérieur, ni aux héritages voisins.

Le propriétaire du fonds inférieur ne pourrait même pas, sous prétexte que l'art. 647 lui donne le droit de se clore, construire sur les confins de son héritage un mur de clôture qui arrêterait l'écoulement naturel des eaux provenant du fonds supérieur. S'il veut faire usage de ce mode de clôture, il devra pratiquer à la partie inférieure du mur des ouvertures (*barbacanes*) pour laisser aux eaux leur libre écoulement (2).

D'ailleurs le propriétaire du fonds inférieur n'est tenu que d'un fait négatif ; ne rien faire qui empêche l'écoulement des eaux ; *tenetur in non faciendo non in faciendo*. Il ne pourrait donc pas être forcé de détruire les obstacles qui se seraient formés d'eux-mêmes sur son terrain, par exemple par l'accumulation des vases ou graviers, et qui nuiraient plus ou moins à l'écoulement des eaux, au préjudice du propriétaire du fonds supérieur ; mais ce dernier, auquel incombe le soin de rendre aux eaux leur écoulement, pourrait pénétrer sur le fonds servant, dans la mesure nécessaire à l'exécution des travaux (3).

824. Si l'art. 640 n'impose pas aux propriétaires des fonds inférieurs l'obligation de curer les fossés ou ravins, la loi du 8 avril 1898, abrogeant celle du 14 floréal an XI, donne à l'autorité administrative le droit de contraindre, dans certaines hypothèses, les riverains au curage des cours d'eaux ; mais cette disposition est tout à fait étrangère à l'application de l'art. 640.

825. De l'avis de tous, la disposition qui défend au propriétaire inférieur de se protéger par des digues contre les

(1) Cass., 22 janvier 1866, S., 66. 1. 68, D., 66. 1. 272 ; 4 juillet 1860, S., 61. 1. 177, D., 60. 1. 432. — Besançon, 6 mars 1883, D., 83. 2. 130.

(2) Cass., 3 août 1852, *Pal.*, 53. 2. 570.

(3) Cass., 9 juill. 1883, S., 84. 1. 231, D., 84. 1. 277 ; Aubry et Rau, III, § 240, p. 10 ; Demolombe, XI, n. 32 ; Laurent, VII, n. 365.

eaux découlant naturellement des fonds supérieurs, n'est pas applicable aux propriétaires riverains d'un fleuve ou d'une rivière. Chaque riverain peut construire des ouvrages le long du fleuve pour prévenir ses dévastations, sans que les riverains de face ou les riverains inférieurs puissent se plaindre de ce que les travaux les exposent à être plus maltraités par l'eau courante. Rien ne les empêche d'ailleurs de se protéger eux aussi par des travaux analogues (1).

826. En principe, d'après l'art. 640, les fonds inférieurs ne sont pas tenus de recevoir les eaux qui découlent des fonds supérieurs par suite du fait de l'homme (argument des mots *sans que la main de l'homme y ait contribué*) telles que les eaux ménagères, industrielles ou celles provenant d'un puits artésien. D'autre part, en vertu du même texte, le propriétaire du fonds supérieur ne peut « *rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur* ». La servitude naturelle, doit, en effet, être limitée aux seules nécessités dérivant de la situation des lieux. Si, dans un but quelconque, le propriétaire du fonds supérieur intervient pour modifier l'écoulement naturel des eaux, le propriétaire du fonds inférieur est en droit de s'y opposer et de dire que la nature, la situation des lieux ne l'obligent pas à subir une modification provenant du fait de l'homme.

Au lendemain de la promulgation du code civil, la résistance du propriétaire du fonds inférieur était en toute hypothèse invincible; quand bien même l'intérêt du propriétaire du fonds supérieur eût été considérable et quand bien même le préjudice subi par le propriétaire du fonds inférieur eût été insignifiant, le maître de l'héritage inférieur trouvait dans l'absolutisme de son droit de propriété le moyen d'empêcher toute innovation. Il pouvait non seulement réclamer au propriétaire du fonds supérieur une indemnité, dans le cas où il aurait reçu des eaux en dehors des conditions prévues par l'art. 640, mais encore faire détruire les innovations créées et mettre ainsi un terme à l'aggravation de servitude.

(1) Demolombe, XI, n. 30; Laurent, VII, n. 293 et 366; Duranton, V, n. 162; Pardessus, I, n. 92. — Cass., 11 juill. 1860, S., 61. 1. 510, D., 61. 1. 110. — Chambéry, 14 août 1868, S., 69. 2. 72, D., 68. 2. 235.

Deux lois postérieures au code, que nous étudierons plus loin (1), la loi du 29 avril 1845 et celle du 10 juin 1854, avaient apporté déjà deux exceptions à l'art. 640 et limité le droit d'opposition du propriétaire; ces lois, en effet, permettaient, dans les hypothèses par elles prévues, d'imposer aux fonds inférieurs une *servitude légale* pour l'écoulement des eaux; désormais les propriétaires des héritages inférieurs ne pouvaient plus, lorsque les besoins de l'irrigation ou du drainage étaient en cause, s'opposer au passage de l'eau; ils devaient se contenter d'une indemnité contradictoirement fixée.

La loi du 8 avril 1898 ajoute une restriction nouvelle; dans des hypothèses autres que celles des lois précitées, elle permet encore d'imposer aux héritages inférieurs une servitude légale de passage pour l'écoulement des eaux moyennant une indemnité. C'est ce qui ressort du nouvel art. 641 ainsi conçu : Art. 641 : « *Tout propriétaire a le droit d'user et de* » *disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds.*

» *Si l'usage de ces eaux ou la direction qui leur est don-* » *née aggrave la servitude naturelle d'écoulement établie par* » *l'art. 640, une indemnité est due au propriétaire du fonds* » *inférieur.*

» *La même disposition est applicable aux eaux de sources* » *nées sur un fonds.*

» *Lorsque par des sondages ou des travaux souterrains un* » *propriétaire fait surgir des eaux dans son fonds, les propriétaires des fonds inférieurs doivent les recevoir, mais ils ont* » *droit à une indemnité en cas de dommages résultant de leur* » *écoulement.*

» *Les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux* » *habitations ne peuvent être assujettis à aucune aggravation* » *de la servitude d'écoulement dans les cas prévus par les* » *paragraphes précédents.*

» *Les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'établis-* » *sement et l'exercice des servitudes prévues par ces paragra-* » *phes et le règlement, s'il y a lieu, des indemnités dues aux* » *propriétaires des fonds inférieurs, sont portés, en premier*

(1) V. *infra*, n. 878 s.

» *ressort, devant le juge de paix du canton, qui, en prononçant, doit concilier les intérêts de l'agriculture et de l'industrie avec le respect dû à la propriété.*

» *S'il y a lieu à expertise, il ne peut être nommé qu'un seul expert* ».

826 *bis.* Il convient de remarquer tout d'abord que cette disposition ne modifie pas les lois antérieures de 1845 et de 1854.

Par ailleurs, le droit pour le propriétaire supérieur d'imposer une servitude légale n'est pas absolu, ce droit ne s'applique pas à toutes les eaux, de sorte que, pour avoir une idée nette des règles aujourd'hui contenues dans les art. 640 et 641, il faut distinguer trois hypothèses :

1re *Hypothèse :* Les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur sans que la main de l'homme y ait contribué, doivent être reçues par les héritages inférieurs ; les propriétaires de ces fonds ne peuvent s'y opposer et ils n'ont droit à aucune indemnité. C'est la *servitude naturelle* d'écoulement.

826 *ter.* 2e *Hypothèse :* Certaines eaux provenant du fait de l'homme ou modifiées par son intervention ne sauraient être imposées aux propriétaires inférieurs sans leur consentement ; pour qu'elles puissent s'écouler sur les héritages inférieurs, il faut la constitution d'une servitude établie par convention, par destination du père de famille, ou par prescription (1) ; en d'autres termes, il faut une *servitude du fait de l'homme.*

Le propriétaire inférieur qui subit l'écoulement de ces eaux, à défaut d'une servitude régulièrement établie, peut demander aux tribunaux la réparation du préjudice souffert dans le passé, exiger s'il y a lieu la destruction des ouvrages ou réclamer des mesures de protection pour l'avenir (2).

Quelles sont les eaux appartenant à cette deuxième catégorie ? Si l'on consulte les explications fournies à l'occasion du vote de la loi de 1898 (3), il est certain que l'on doit y faire rentrer les *eaux ménagères,* provenant par exemple de l'évier

(1) V. *infra,* n. 829.

(2) Cass., 9 avril 1880, S., 81. 1. 358, D., 81. 1. 206. — Le propriétaire du fonds inférieur peut agir soit au possessoire soit au pétitoire. — Demolombe, XI, n. 45.

(3) V. le compte-rendu de la séance du 21 juin 1883, Sénat.

d'une maison, les *eaux industrielles* provenant du déversoir d'une usine, alors même qu'il s'agirait d'eaux de sources contaminées par un usage industriel (1).

Ces eaux, qui sont le plus souvent malsaines et fétides, parfois même stérilisantes, sont susceptibles de nuire à la production agricole des fonds inférieurs. La loi de 1898 dictée par le souci des intérêts ruraux, ne pouvait obliger les héritages inférieurs à les recevoir même moyennant indemnité (2). Faut-il traiter de même les eaux pluviales qui découlent de la toiture d'un bâtiment, soit normalement (*stillicidium*), soit par un tuyau de conduite (*flumen*)? L'affirmative ne paraît guère douteuse; la loi de 1898 n'a pas modifié la disposition formelle de l'art. 681; et d'ailleurs cette fois encore, l'intérêt de l'agriculture n'est pas engagé dans la question. Le propriétaire, en construisant, devra prendre soin de ménager l'écoulement des eaux de pluie tombant sur le bâtiment, sans atteindre les fonds voisins,

826 *quater*. 3e *Hypothèse*. — Enfin il y a des eaux qui, bien que provenues du fait de l'homme ou modifiées par lui, pourront être imposées aux propriétaires inférieurs.

Le principe de l'art. 640 subsiste bien toujours: d'une part, il est interdit au propriétaire supérieur d'envoyer sur les fonds inférieurs les eaux qu'il a contribué à faire jaillir, et, d'autre part, il lui est interdit encore d'aggraver la servitude naturelle d'écoulement, c'est-à-dire de modifier les conditions dans lesquelles les eaux nées naturellement se déversent des fonds supérieurs sur les fonds inférieurs.

827. Pour l'application de ce principe, il est toujours utile de préciser ce qu'il faut entendre par eaux provenant du fait de l'homme et les conditions requises pour qu'il y ait aggravation de la servitude naturelle d'écoulement. On doit considérer comme eaux provenant du fait de l'homme celles qui

(1) Cass., 15 avril 1868, S., 68. 1. 395, D., 68. 1. 339. — Cass., 3 août 1843, S., 44. 1. 137; 9 janv. 1856, S., 56. 1. 28, D., 56. 1. 55; 31 déc. 1879, S., 80. 1. 213, D., 80. 1. 109. — Pau, 12 déc. 1887, D., 89. 2. 230. — Toutefois le propriétaire ne peut se plaindre s'il ne souffre un préjudice appréciable. — Dijon, 21 déc. 1889, précité.

(2) Cf. Graux et Renard, *Lois nouvelles*, 1898, p. 465.

sont nées par suite de la création voulue d'une source ou par suite du forage d'un puits artésien.

Il en est encore ainsi dans le cas où un propriétaire fait jaillir des eaux à la suite de travaux qui n'ont pas été accomplis dans cette vue, par exemple, en creusant un fossé ou les fondations d'un édifice. On pourrait dire, il est vrai, que les travaux qui ont donné naissance à ces eaux n'ayant pas été pratiqués à cette fin, la survenance des eaux doit être considérée comme le résultat d'un cas fortuit. Mais il faut répondre que le propriétaire du fonds supérieur est la cause au moins indirecte du préjudice qu'éprouve le propriétaire du fonds inférieur et qu'il est tenu à ce titre de le réparer conformément à la règle *Qui occasionem damni præstat damnum fecisse videtur*. Le texte de la loi favorise d'ailleurs cette solution ; car il n'oblige le propriétaire inférieur à recevoir les eaux qui proviennent du fonds supérieur qu'autant qu'elles en découlent naturellement et « sans que la main de l'homme *y ait contribué* » (1).

L'aggravation de la servitude d'écoulement consiste dans toute modification ayant pour résultat d'augmenter le volume naturel des eaux, de changer leur cours normal ou d'ajouter aux eaux des matières nuisibles.

Ainsi l'aggravation existe lorsque le propriétaire du fonds supérieur imprime aux eaux un courant plus rapide (2), ou lorsque, soit par des travaux de dessèchement, soit après avoir capté des sources, il donne aux eaux un volume plus considérable ; il en est de même lorsqu'il envoie sur le fonds inférieur des eaux amenées à travers des canaux et aqueducs qui ont modifié la disposition naturelle des lieux (3) ; ou bien en-

(1) V. en ce sens Aubry et Rau, III, § 240, p. 9, note 8 ; Demolombe, XI, n. 26. — *Contra* Delvincourt, I, p. 377 ; Pardessus, I, n. 83 ; Daniel, *Des cours d'eaux*, III, n. 901 ; Laurent, VII, n. 363, semble admettre l'existence de la servitude naturelle, sans distinguer entre la cause voulue ou fortuite qui amène le jaillissement de la source.

(2) Lyon, 30 nov. 1899, S., 02. 2. 145.

(3) Besançon, 10 mars 1868, S., 68. 2. 141, D., 68. 2. 131. — Trib. civ. d'Auxerre, 2 déc. 1894, *Pand. franç.*, 95. 2. 826. Mais il faut qu'il y ait réellement aggravation. — Cpr. Riom, 8 mars 1888, D., 88. 2. 215. — Il y aurait aggravation dans le fait d'établir un mur de soutènement pour le fonds supérieur, d'y ménager des

core lorsqu'après avoir employé les eaux à l'irrigation, il les renvoie chargées de limon.

Le propriétaire du fonds supérieur ne peut pas non plus, en principe, changer la forme de son terrain, de façon à modifier l'écoulement des eaux, en les rejetant par exemple vers l'ouest alors qu'elles roulaient naturellement vers l'est. Toute aggravation est prohibée, peu importe qu'elle ait pour résultat d'envoyer les eaux dans l'intérieur du sol ou de les diriger à la surface (1).

Les juges du fonds apprécient souverainement s'il y a ou non aggravation et leurs décisions sur ce point échappent à la censure de la cour de cassation (2).

828. D'ailleurs l'appréciation des faits constitutifs de l'aggravation comporte certains tempéraments d'équité, admis par les jurisconsultes romains.

C'est ainsi notamment que le propriétaire du fonds supérieur aurait le droit de faire des sillons sur son fonds, et même des rigoles pour favoriser l'écoulement des eaux, *fossas agri colendi causa*, sans que le propriétaire inférieur pût se plaindre, sous prétexte qu'il en résulte pour lui une petite aggravation de la servitude. Les fonds sont naturellement destinés à la culture, et par suite les eaux qui découlent d'un fonds cultivé peuvent être considérées comme des eaux qui en découlent naturellement, bien que la culture ait quelque peu modifié la direction que la nature avait imprimée aux eaux (3). Cependant le propriétaire du fonds supérieur ne

barbacanes et d'envoyer les eaux par ces ouvertures sur le fond inférieur. — Cass., 5 mars 1901, D., 01. 1. 165. — V. un autre exemple curieux d'aggravation dans un arrêt de Paris, 23 juin 1900, D., 01. 2. 59.

(1) V. pour les eaux envoyées à la surface Cass., 26 mars 1844, S., 44. 1. 478; 27 fév. 1855, S., 56. 1. 397, D., 55. 1. 405; pour les eaux d'infiltration Aubry et Rau, III, p. 8. — Cass., 13 juin 1814, S., 15. 1. 239. — Cpr. toutefois Cass., 22 juil. 1889, S., 92. 1. 446, D., 90. 1. 33.

(2) Cass., 15 avril 1868, S., 68. 1. 395, D., 68. 1. 339. Au contraire, lorsqu'il s'agira maintenant de décider si les eaux rentrent dans la seconde ou dans la troisième hypothèse que nous avons distinguée, il y aura une question de droit, et la décision pourra être déférée au contrôle de la cour suprême.

(3) Cass., 23 déc. 1901, S., 02. 1. 398; 31 mai 1848, S., 48. 1. 716. — Cpr. Cass., 7 janv. 1895, S., 95. 1. 8, D., 95. 1. 72, dans l'hypothèse de travaux de dessèchement; 19 avril 1886, D., 87. 1. 203. — Riom, 8 mars 1888, D., 88. 2. 215.

pourrait pas, en pratiquant des rigoles pour l'écoulement des eaux nuisibles à la culture, les faire déverser sur un fonds autre que celui qui est appelé à les recevoir par la pente naturelle du terrain (1).

En cas de contestation, les tribunaux devront prescrire les mesures propres à concilier les intérêts de l'agriculture avec le respect dû à la propriété (2). Le tempérament indiqué se fonde, avant tout, sur une raison d'utilité générale et même de nécessité agricole. Aussi convient-il de critiquer l'opinion qui, exagérant l'idée, donne une solution analogue dans le cas de constructions ou d'ouvrages, que le propriétaire supérieur voudrait exécuter sur son fonds. La jurisprudence a pu décider, avec l'appui de certaines circonstances de fait, que le propriétaire inférieur devrait souffrir les modifications résultant de travaux exécutés; mais, en principe, le propriétaire qui, pour élever des constructions, modifie l'écoulement naturel des eaux et en accroît le volume, n'est plus dans l'hypothèse de l'art. 640 (3).

828 ***bis***. Lorsque l'écoulement des eaux provient du fait de l'homme, ou lorsqu'il y a aggravation de la servitude naturelle d'écoulement, il se peut que les héritages inférieurs soient tenus de recevoir l'eau en vertu d'une servitude constituée par titre, par destination du père de famille ou par prescription (4).

Mais, à défaut d'une servitude ainsi constituée, si par ailleurs il ne s'agit pas des eaux comprises dans la seconde catégorie, il est permis, d'après l'art. 641 nouveau, d'arriver à la création d'une servitude légale et d'imposer, moyennant une indemnité, l'écoulement des eaux. Les propriétaires inférieurs ne peuvent plus exiger la suppression de l'état de choses, si le propriétaire supérieur réclame l'établissement de la servitude légale.

(1) Cass., 27 fév. 1855, S., 56. 1. 397. — Bordeaux, 24 avril 1839, D., 39. 2. 177.

(2) Cass., 14 fév. 1832, S., 33. 1. 54. — Aubry et Rau, III, § 240, p. 11 et 12; Demolombe, XI, n. 42; Laurent, VII, n. 370.

(3) Aubry et Rau, III, § 240, p. 11, note 21. — *Contra* Demolombe, XI, n. 39; Laurent, VII, n. 370.

(4) V. *infra*, n. 829.

Ainsi, pour les eaux de la première catégorie, *il y a servitude naturelle,* nécessité pour les héritages inférieurs de les recevoir sans indemnité ; pour celles de la seconde catégorie, il n'y a place que pour une *servitude du fait de l'homme;* pour celles de la troisième, enfin, les héritages inférieurs les reçoivent soit en vertu d'une servitude du fait de l'homme, soit en vertu d'une *servitude légale,* moyennant indemnité.

Les lois de 1845 et de 1854 permettaient déjà, ainsi qu'il a été dit, la création d'une servitude légale pour les besoins de l'irrigation et du drainage. Désormais la servitude légale peut être imposée toutes les fois qu'il y a aggravation de la servitude naturelle d'écoulement, sauf lorsqu'il s'agit des eaux de la seconde catégorie. On pourra notamment recourir à l'établissement de la servitude légale pour faciliter l'écoulement des eaux provenant du sondage ou du forage d'un puits artésien.

828 *ter.* Les difficultés que l'établissement de la servitude légale est susceptible de soulever sont réglées par les juridictions compétentes qui, en prononçant, doivent concilier les intérêts de l'agriculture et de l'industrie avec le respect dû à la propriété (art. 641, § 6). Malgré le pouvoir d'appréciation qui lui est ainsi laissé, le juge ne saurait refuser d'admettre la servitude, sous prétexte que l'avantage procuré aux titulaires ne serait pas en rapport avec le préjudice occasionné. L'art. 641 donne au propriétaire du fonds supérieur le *droit à la servitude ;* le propriétaire peut donc imposer le passage des eaux ; le juge a seulement pour mission de régler les difficultés concernant l'établissement de la servitude, son mode d'exercice, l'indemnité due (1).

Le juge, en réglant l'établissement et le mode d'exercice

(1) Les termes de l'art. 641 et l'esprit général de la loi ne semblent laisser aucun doute sur ce point ; les expressions de l'art. 641 § 3 sont particulièrement décisives : « ... Les propriétaires des fonds inférieurs doivent les recevoir ». Cependant il convient de noter que la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire sur l'interprétation de l'art. 2 de la loi de 1845 conçu en des termes analogues. Il est probable que la jurisprudence renoncera difficilement ici au rôle prétorien qu'elle exerce, en ces matières, dans un but d'équité. — V. *infra,* n. 879. — Cass., 1er fév. 1888, D., 90. 1. 410.

de la servitude, devra rechercher le fonctionnement le moins dommageable aux fonds inférieurs (1).

L'indemnité doit être fixée en tenant compte seulement du dommage causé aux fonds inférieurs et en prenant, au besoin, en considération les avantages que le passage de l'eau pourra procurer à leurs propriétaires. Mais on ne devra nullement se préoccuper de l'intérêt plus ou moins sensible du propriétaire supérieur ; c'est uniquement le préjudice souffert qui sert de base et de mesure à l'indemnité (2).

Le plus souvent, pour régler les détails relatifs à l'établissement de la servitude, à son exercice et à la fixation de l'indemnité, le juge aura recours à une expertise. La loi décide qu'il pourra n'être nommé qu'un seul expert (art. 641 *in fine*).

Il convient aussi de noter que certains héritages sont affranchis de la servitude légale ; ce sont : « les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations ». La même exception se retrouve dans les lois de 1835 et de 1854 ; il suffira de se reporter aux applications qui seront fournies à leur propos (3). La loi de 1898, suivant la voie tracée par celle de 1854, déroge encore au droit commun en ce qui concerne la compétence de la juridiction appelée à statuer. Le juge de paix, qui auparavant n'était compétent qu'au possessoire, sur les questions relatives aux eaux, connaît maintenant en premier ressort des difficultés que soulève l'établissement de la servitude légale. Sa compétence, limitée par l'art. 641 d'interprétation étroite puisque ce texte est exceptionnel, ne porte que sur la servitude légale ; il reste incompétent pour statuer au pétitoire sur la servitude naturelle d'écoulement de l'art. 640, aussi bien que sur les servitudes du fait de l'homme ; il y a là peut-être un défaut d'harmonie (4). Enfin le juge de

(1) Le juge pourra notamment autoriser le passage des ouvriers sur le fonds inférieur pour les travaux à exécuter et pour leur entretien.

(2) Ainsi qu'il a été dit lors de la discussion de la loi, l'indemnité est prescriptible conformément au droit commun ; l'art. 615 contient une solution analogue dans le cas de servitude de passage pour cause d'enclave.

(3) V. *infra*, n. 889.

(4) La loi de 1898 n'a pas modifié les règles applicables au domaine public ; dès lors, aucune conduite d'eau ne peut traverser un chemin faisant partie de ce domaine

paix ne statue jamais qu'en premier ressort, quand bien même il s'agirait seulement de fixer une indemnité inférieure à 100 fr. d'après la demande (1).

829. La servitude établie par l'art. 640 peut être modifiée par la volonté des deux propriétaires, soit que le maître du fonds inférieur accepte une aggravation de la servitude au profit du fonds supérieur ou inversement, soit que les deux propriétaires s'accordent pour déplacer l'écoulement naturel des eaux. La convention peut ainsi aggraver, restreindre, écarter même la servitude de l'art. 640. Du reste, la convention intervenue entre deux propriétaires ne saurait modifier la servitude au préjudice d'un autre propriétaire qui n'y aurait pas consenti. Lorsque l'on invoque une semblable modification, il importe de prouver le consentement du propriétaire intéressé; on ne pourrait induire ce consentement du seul fait que les travaux propres à entraîner un changement dans la servitude ont été exécutés au vu du propriétaire voisin et sans opposition de sa part; il faudrait apporter la preuve d'une approbation expresse et d'une autorisation précise (2).

Les modifications, dont est susceptible la servitude de l'article 640 peuvent encore avoir pour cause la destination du père de famille, conformément aux art. 652 s.

Enfin la prescription, elle aussi, peut aggraver, restreindre ou écarter cette servitude, à la suite de travaux qui en modifient l'exercice. Pour éclairer les difficultés de cette question, il convient de distinguer suivant que les ouvrages sont l'œuvre du propriétaire supérieur ou du propriétaire inférieur.

Si les travaux effectués par le propriétaire du fonds supérieur ont pour résultat d'étendre à son profit la servitude, la

sans le consentement de l'autorité administrative ; il en résulte que la juridiction civile est incompétente pour régler l'exercice de la servitude sur les chemins du domaine public.

(1) C'est ce qui semble résulter : 1° du texte « les contestations sont portées *en premier ressort*.... » ; 2° des explications fournies lors du vote de la loi. V. notamment séance du sénat, 25 février 1883. — V. en ce sens le commentaire de la loi *Lois nouvelles*, 1898, p. 551.

(2) Aubry et Rau, III, § 240, p. 12; Demolombe, XI, n. 84.

solution ne soulève aucun doute. Le propriétaire du fonds inférieur a le droit d'exiger la suppression de ces travaux; mais, s'il néglige ce moyen, et si les ouvrages subsistent pendant trente ans, la prescription aura consacré l'aggravation; le propriétaire supérieur aura, en définitive, acquis une servitude plus étendue que celle de l'art. 640 sur le fonds inférieur. Plus délicate est la question, lorsque les travaux effectués toujours par le propriétaire du fonds supérieur, diminuent ou suppriment l'écoulement naturel des eaux pour restreindre la servitude de l'art. 640. Certes, le propriétaire du fonds inférieur ne pourra pas réclamer la destruction des ouvrages, quand bien même il aurait quelque intérêt à recevoir le même volume d'eau; en effet, chaque propriétaire est libre d'utiliser comme il lui plaît les eaux qui tombent sur son fonds (1); mais si les travaux sont demeurés pendant trente ans sur le fonds supérieur, la prescription a-t-elle pour effet l'extinction totale ou partielle de la servitude de l'art. 640? En d'autres termes, au bout de trente ans, le propriétaire du fonds inférieur pourra-t-il empêcher la destruction des travaux, et se refuser à recevoir un volume d'eau plus considérable? On a soutenu que l'art. 640 ne créait pas une servitude véritable, et que les travaux émanant du propriétaire du fonds supérieur ne pouvaient restreindre l'effet de cet article; qu'il fallait l'acquisition d'une servitude contraire, c'est-à-dire des travaux émanant du propriétaire inférieur (2); il vaut mieux voir dans notre texte une servitude véritable, appliquer par suite à l'extinction de cette servitude l'art. 707 et dire que le délai de la prescription extinctive commence à courir à partir du jour où il a été fait un acte contraire à l'exercice de la servitude, que cet acte émane du propriétaire du fonds servant ou qu'il émane du propriétaire du fonds dominant. Ainsi, au bout de trente ans, le fonds inférieur est libéré en tout ou en partie et, non seulement le propriétaire du fonds supérieur ne peut plus détruire les ouvrages qu'il a maintenus pendant trente années, mais il doit veiller à la conservation

(1) V. *infra*, n. 892.
(2) Demolombe, XI, n. 49; Duranton, V, n. 173.

de l'état de choses, et il pourrait être contraint d'entretenir à ses frais les ouvrages qui protègent le fonds inférieur (1).

Lorsque les ouvrages exécutés par le propriétaire du fonds inférieur (2) ont eu pour résultat de restreindre la servitude ou même de la supprimer, *a fortiori* la prescription produira son effet extinctif au bout de trente années ; mais, le propriétaire du fonds supérieur pourrait, auparavant, en exiger la destruction ; par ailleurs, une fois la prescription accomplie, le propriétaire du fonds inférieur reste toujours libre de supprimer les ouvrages qu'il avait lui-même édifiés, ces ouvrages n'ayant pu faire acquérir aucun droit au propriétaire supérieur (3). Quant aux travaux exécutés par le maître du fonds inférieur dans le but de profiter des eaux provenant du fonds supérieur, nous verrons plus tard, en étudiant la propriété des eaux pluviales, dans quelle mesure ils peuvent créer un droit à son profit (4).

§ II. *Les eaux pluviales.*

830. Le code civil, avant les modifications introduites par la loi du 8 avril 1898, était muet sur les eaux pluviales. On était, du reste, à peu près d'accord en doctrine et en jurisprudence sur les principes qu'il convenait d'appliquer aux eaux pluviales.

Tant qu'elles existent à l'état de nuages, les eaux pluviales sont *res nullius*. Après leur chute, elles appartiennent au propriétaire du sol sur lequel elles sont tombées. L'art. 641 nouveau le dit en termes formels : « Tout propriétaire a le droit *d'user* et *de disposer* des eaux pluviales qui tombent sur son fonds ». Le mot *disposer* ajouté à la rédaction primitive affirme bien nettement l'existence d'un droit de propriété sur les eaux pluviales, quand elles sont tombées sur le sol. Comment le maître du sol devient-il propriétaire des eaux pluvia-

(1) Aubry et Rau, § 240, p. 12 ; Laurent, VII, n. 373.
(2) Cass., 29 avril 1872, S., 73. 1. 209, D., 72. 1. 454.
(3) V. art. 3 de la loi.
(4) V. art. 4 de la loi ; la disposition finale de cet article porte qu'en pareil cas : « Le règlement des indemnités dues pour expropriation est fait conformément au § 2 et de l'art. 16 de la loi du 21 mai 1836 ».

les? A quel titre? L'art. 641 ne le dit pas; on demeure ainsi en présence de l'ancienne difficulté. Les eaux pluviales appartiennent au propriétaire du sol par droit d'*occupation* suivant les uns (1), par droit d'*accession* suivant les autres (2).

Cette seconde explication est préférable : pour prétendre à la propriété des eaux tombées sur le fonds, il n'est pas besoin d'une prise effective de possession, il suffit que les eaux soient en fait tombées sur le sol; et, la plupart du temps, l'utilité qu'elles procurent se réalise sans l'intervention de l'homme.

Pour l'étude des diverses questions que soulève l'appropriation des eaux pluviales, deux hypothèses doivent être distinguées : 1° les eaux pluviales tombent sur un terrain privé; 2° les eaux pluviales tombent ou coulent sur la voie publique.

A. *Eaux pluviales tombant sur un terrain privé.*

831. Il convient de préciser le droit du propriétaire du fonds sur lequel l'eau est directement tombée et les droits des propriétaires inférieurs sur les eaux pluviales provenues des héritages plus élevés.

Celui qui a reçu directement l'eau de pluie sur son fonds a sur elle un droit absolu, car elle fait partie intégrante de son fonds; il en dispose à son gré, et l'absorbe, s'il le veut, en usages agricoles, industriels ou de simple agrément, soit personnellement, soit par une cession consentie à un tiers (3). Mais il n'est pas tenu de rechercher cette utilisation exclusive et il est libre de laisser couler les eaux pluviales sur les fonds inférieurs, suivant la pente naturelle du terrain, par application pure et simple de l'art. 640, dont la généralité des termes prévoit les eaux pluviales aussi bien que les eaux de source. Il suffit donc de renvoyer aux développements consacrés à cet article.

Conformément encore à l'art. 640, les propriétaires des fonds inférieurs qui ne peuvent, en principe, s'opposer à

(1) Proudhon, *Dom. public*, IV, n. 1277. — Cpr. Demolombe, XI, n. 205, et Cass., 26 fév. 1844, D., 45. 4. 479. — Dijon, 17 juin 1864, D., 65. 2. 97. — Trib. Châteaubriand, 30 mars 1882, D., 85. 3. 104.

(2) Aubry et Rau, III, § 245, p. 43; Laurent, VII, n. 223.

(3) Dijon, 18 avril 1871, S., 71. 2. 241. — Aubry et Rau, III, § 245, p. 43.

l'écoulement naturel des eaux, ne sauraient non plus empêcher le propriétaire supérieur de les retenir, quand bien même depuis un temps immémorial ces eaux se seraient écoulées naturellement.

832. Mais la situation respective du propriétaire supérieur et des autres peut se trouver modifiée, et de deux façons inverses : ou bien les propriétaires inférieurs, obligeant le propriétaire supérieur à retenir les eaux, acquerront ainsi le droit de ne pas les recevoir; ou bien, au contraire, empêchant les propriétaires de les utiliser, ils acquerront le droit de les recevoir eux-mêmes et de se les approprier. Ces modifications peuvent certainement résulter d'une convention ou de la destination du père de famille (1) comme mode de constitution d'une servitude ; enfin la prescription permettrait aussi aux propriétaires inférieurs d'acquérir sur les eaux pluviales un droit déterminé et limité par l'étendue même et la nature des actes de possession ; mais, pour que ceux-ci emportent contradiction suffisante au droit du propriétaire supérieur, il faudra un empiètement marqué par des travaux apparents sur le fonds supérieur. La controverse qui s'élevait à cet égard sur l'ancien art. 641, à l'occasion des sources, n'a plus ici de place ; les principes généraux conduisent nécessairement à la solution indiquée (2). En sens inverse, le propriétaire du

(1) Cass., 21 juillet 1845, S., 46. 1. 33, D., 45. 1. 385 ; 9 avril 1856, S., 56. 1. 399, D., 56. 1. 303. — Aubry et Rau, III, § 245, p. 43 ; Demolombe, XI, n. 111.

(2) Cass., 9 avril 1856 précité ; 12 mai 1858, S., 59. 1. 431, D., 58. 1. 449 ; 26 mars 1867, S., 68. 1. 29, D., 67. 1. 384 ; 10 novembre 1886, S., 90. 1. 447. — Colmar, 24 août 1850, D., 55. 2. 181 ; 23 mars 1869, S., 70. 2. 8, D., 71. 2. 110. — Aubry et Rau, III, § 245, p. 43 ; Demolombe, XI, n. 109 ; Laurent, VII, n. 237. — V. aussi une note de Mourlon, D., 65. 2. 97. — *Contra* Demolombe, V, n. 158. — Cass., 21 juillet 1825, D., 25. 1. 366. — Limoges, 14 juillet 1840, S., 41. 2. 1. — On objecte que la possession des eaux pluviales dont le cours est accidenté et intermittent n'est pas continue, et, d'autre part, que cette possession est toujours le résultat d'une simple tolérance. L'objection tirée du défaut de continuité repose sur une interprétation inexacte de la condition exigée par l'art. 2229 : la possession peut être continue sans être permanente. Quant à la seconde, elle est démentie par les faits ; tout ce qu'on en doit retenir, c'est qu'il faut une contradiction très formelle résultant de travaux effectués sur le fonds supérieur. En vain aussi l'on prétend qu'il est impossible d'établir une servitude sur les eaux qui sont *res nullius* ; en réalité, le droit est acquis à l'encontre d'un propriétaire ; il vient restreindre les avantages inhérents au droit de propriété parmi lesquels on compte la faculté

fonds inférieur peut, par la prescription trentenaire, s'affranchir de la servitude que lui impose l'art. 640, en faisant sur son fonds des travaux qui empêchent l'écoulement des eaux et les font refluer sur le fonds supérieur (1).

833. On se demande parfois si les dispositions des art. 644 et 645 sur les eaux courantes s'appliquent aux eaux pluviales. La réponse paraît assez simple. Il ne s'agit là que d'une question de fait ; si, grâce à la disposition des terrains, les eaux pluviales s'amassent en quantité assez grande pour former une eau courante, pourquoi les art. 644 et 645 ne recevraient-ils pas application ? Il n'est pas nécessaire qu'une source alimente le ruisseau ; les textes n'exigent pas cette condition. Le plus souvent, en fait, les eaux pluviables n'arrivent pas d'elles-mêmes à former une eau courante ; elles ne sont plus soumises alors aux articles sus-visés, quand bien même les eaux pluviales auraient été recueillies et réunies dans un canal (2) ; on sait, en effet, qu'un canal reste en dehors des prévisions de nos textes. Les art. 644 et 645 écartés, les propriétaires inférieurs ont un droit absolu sur les eaux provenues des fonds supérieurs ; ils peuvent les détourner, les absorber, les céder à des tiers, comme le propriétaire du terrain sur lequel elles sont tombées ; leur droit de disposition n'est nullement limité par l'obligation de respecter l'usage que les propriétaires de fonds plus éloignés voudraient exercer sur ces eaux ; il en est autrement, on le sait, lorsqu'il s'agit d'une eau courante.

La restriction contenue dans l'art. 643 est également applicable aux eaux de pluie, lorsqu'on peut les considérer comme formant la tête d'un cours d'eau (3).

d'user des eaux pluviales ; comme il s'agit d'ailleurs d'une servitude continue et apparente, on doit pouvoir l'établir par prescription. *Adde infra,* n. 898.

(1) Cass., 10 novembre 1886, S., 90. 1. 447.

(2) Aubry et Rau, III, § 246, p. 47, texte et note 1. — Cass., 14 janv. 1823, S., 23. 1. 173 ; 24 déc. 1884, D., 85. 1. 365. — Caen, 26 fév. 1844, S., 44. 2. 335.

(3) En dehors des raisons déjà indiquées au texte, on peut citer à l'appui de l'assimilation établie ainsi entre les eaux pluviales et les eaux de source un passage du rapport présenté au Sénat sur l'art. 643 : « Lorsque les *eaux de pluie* ou de source, par leur abondance et leur continuité, ont nettement marqué l'emplacement que leur écoulement normal comporte ; lorsqu'elles ont creusé leur lit à travers

L'art. 642§3, exclusivement applicable aux sources, est sans influence sur le régime des eaux pluviales.

B. *Des eaux pluviales tombant ou coulant sur une voie publique.*

834. La plupart des auteurs abandonnent ici le principe général d'après lequel les eaux pluviales, *res nullius,* tant qu'elles restent à l'état de nuages, deviennent, par voie d'accession, la propriété de celui qui possède le terrain sur lequel elles tombent. On admet que les eaux tombées sur la voie publique sont encore *res nullius* et deviennent comme telles la propriété du premier occupant (1) ; toutefois l'Etat, le département ou la commune pouvant concéder à des particuliers l'usage exclusif des eaux tombées sur leurs divers chemins, ces concessions expresses mettraient obstacle *in parte qua* à l'exercice du droit d'occupation (2). Il semble tout à fait inutile de prendre ce détour pour justifier cette solution, et il est beaucoup plus simple d'admettre le principe général et d'en poursuivre l'application. Les eaux tombées sur la voie publique deviennent par voie d'accession la propriété de l'Etat, du département ou de la commune ; mais, comme ces eaux, loin de participer à la destination de la route, seraient plutôt de nature à la contrarier, elles ne sont pas hors du commerce, et leur abandon ou leur concession restent parfaitement licites (3). Tout d'abord, il peut y avoir concession expresse (4) en faveur d'un particulier, concession analogue à la convention intervenue entre un propriétaire sur le fonds duquel tombent les eaux pluviales et les propriétaires inférieurs; le concessionnaire acquiert ainsi un droit qui s'impose au respect de tous les riverains de la route et de tous autres particuliers ;

plusieurs héritages, elles doivent être considérées à un nouveau point de vue : elles sont devenues eaux courantes ».

(1) C'est également la formule des arrêts, Cass., 5 mars 1902, D., 02. 1. 456. — Aix, 5 fév. 1902, D., 02. 2. 422. — Limoges, 22 janv. 1902, D., 02. 2. 421.

(2) Aubry et Rau, III, § 245, p. 44 ; Demolombe, XI, n. 115. — Limoges, 22 janv. 1900, D., 02. 2. 421.

(3) Laurent, VII, n. 226.

(4) *Sic* Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Laurent, VII, n. 224 ; Pardessus, I, n. 79. — Cass., 21 mars 1876, S., 76. 1. 359, D., 78. 1. 121. — *Contra* Demolombe, XI, n. 116. — Duranton, V, n. 159.

mais la concession, comme toutes celles qui intéressent le domaine public, est toujours révocable de la part de l'administration (1). A défaut de concession expresse au profit exclusif d'une personne déterminée, on doit considérer qu'il y a une concession tacite au profit de quiconque voudra utiliser les eaux tombées sur la voie publique ; ou bien encore, les riverains de la route jouent par rapport à l'Etat, au département ou à la commune le rôle des propriétaires inférieurs qui utilisent l'eau provenant d'un fonds plus élevé (2). Ainsi rien de plus facile à fixer que les rapports de l'administration et des riverains.

835. Comment régler maintenant les rapports entre les divers riverains de la route, qui, sans concession expresse, peuvent utiliser les eaux? Chacun d'eux a le droit de les dériver lorsqu'elles passent devant sa propriété, mais la dérivation opérée par un riverain ne lui crée par elle seule aucun droit contre les autres riverains, qui conservent toujours la faculté d'utiliser les eaux, quand bien même la première dérivation serait établie depuis plus de trente ans (3); en effet, la faculté de dérivation est la même pour tous les riverains, et leur droit n'est pas perdu par le seul fait du non usage ; chacun des riverains est libre d'user ou de ne pas user des eaux et, pour modifier cet état de choses, il ne suffit pas que l'un des riverains exerce la faculté à lui donnée de dériver les eaux, il faut encore qu'un droit ait été acquis à l'encontre de l'un des riverains, par suite d'une convention, de la destination du père de famille ou de la prescription. Quant à l'acquisition de ce droit, il importe de bien préciser l'hypothèse. Lorsque les eaux pluviales tombées sur la voie

(1) Laurent, VII, n. 227. — Par suite, la prescription ne peut être opposée au domaine. Aix, 5 fév. 1902, D., 02. 2. 422.

(2) Toutefois il n'y a pas un simple écoulement naturel des eaux ; il y a de la part des riverains emprise sur la voie publique, dérivation opérée. Les droits qu'ils exercent sont assez précaires, puisque la dérivation qui amène des eaux sur un fonds peut perdre toute utilité, si des propriétaires supérieurs dérivent eux-mêmes les eaux, ou si une concession expresse est consentie par l'administration ; celle-ci, en effet, conserve le droit de faire des concessions expresses, quand bien même elle aurait laissé les riverains profiter depuis longtemps des eaux.

(3) Aix, 29 juin 1902, *Mon. Lyon*, 26 juill. 1902.

publique ont été dérivées sur un fonds voisin et qu'il s'agit de transmettre ces eaux après leur passage sur ce premier fonds, aucune difficulté nouvelle ne s'élève ; les eaux dérivées, comme dans l'hypothèse d'eaux tombées sur un fonds privé, peuvent être l'objet de conventions ou donner naissance à des droits fondés sur la destination du père de famille ou sur la prescription (1). Mais nous supposons ici la dérivation non opérée ; il s'agit précisément du droit à la dérivation des eaux coulant sur la voie publique. Eh bien l'un des propriétaires riverains peut renoncer au profit d'un autre à son droit de dériver les eaux, convention qui modifie les rapports de ceux qui l'ont consentie ; elle crée une servitude véritable à la charge du fonds appartenant au propriétaire renonçant ; elle s'impose par suite au respect non seulement des successeurs universels, mais aussi des successeurs particuliers de ce dernier (2) ; en revanche elle n'est pas opposable aux riverains qui ne l'ont pas consentie ; ceux-ci, malgré son existence, conservent toujours le droit de dériver les eaux (3).

836. La servitude qui a pour but de restreindre ou de supprimer le droit de dérivation de l'un des riverains est négative (4) et en même temps continue ; elle est d'ailleurs susceptible d'être apparente ; rien n'empêche par suite sa constitution par l'effet de la destination du père de famille ; en vain ferait-on remarquer combien est précaire le droit concédé, puisqu'il peut dépendre des propriétaires supérieurs ; la *causa perpetua* n'est plus aujourd'hui une condition essentielle de l'établissement des servitudes, et si la convention est insuffisante pour établir un pareil droit, bien que précaire, pourquoi ne pas attribuer la même efficacité à la destination du père de famille que la loi assimile au titre (5)?

837. Quant à la prescription, on ne voit non plus aucune raison sérieuse pour en repousser les effets ; certes il faudra

(1) Cass., 5 mars 1902, D., 02. 1. 456.
(2) Cass., 21 mars 1876, S., 76. 1. 359.
(3) Cass., 13 janv. 1891, D., 91. 1. 148.
(4) Lyon, 25 mai 1894, *Mon. jud. Lyon*, 6 nov. 1894.
(5) Laurent, VI, n. 236. — Cass., 21 juill. 1845, S., 46. 1. 33 ; 9 avril 1856, S., 56. 1. 399. — *Contra* Colmar, 26 mars 1831, S., 46. 1. 33 à la note, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 357. — Troplong, I. n. 147 ; Aubry et Rau, III, § 245, p. 45.

sur le fonds servant des travaux apparents destinés à recueillir les eaux à leur passage devant ce fonds et, lorsque les arrêts déclarent imprescriptibles les eaux pluviales tombant sur la voie publique, ils se placent dans l'hypothèse où les travaux de dérivation n'emportent pas par eux-mêmes une contradiction manifeste au droit du propriétaire supérieur (1); mais, dans l'hypothèse inverse, pourquoi la prescription serait-elle inefficace? En vain encore on objecterait la précarité des faits de possession, puisque, malgré tout, l'on admet la possibilité de porter atteinte par contrat à la faculté de dérivation (2).

838. Bien que, même depuis la loi de 1898 (3), le code civil, dans les art. 640 s., ne s'occupe que des eaux vives, il n'est pas inutile de signaler quelques règles concernant les étangs. Nous avons déjà vu comment on devait fixer les limites de la propriété des étangs (4). Quant aux droits à exercer sur les eaux, une distinction paraît nécessaire.

Si l'étang, alimenté tout entier par des eaux courantes et de formation naturelle, n'est en réalité que le lit très élargi d'un ruisseau, il conviendra d'appliquer sans restriction toutes les dispositions des art. 644 et 645; il en faudrait dire autant d'un étang qui ne serait alimenté que partiellement par des ruisseaux et recevrait le surplus de son contenu d'eaux pluviales et d'eaux de source (5). Si, au contraire, l'étang a été formé par une retenue artificielle des eaux, le propriétaire de l'étang a un droit privatif et absolu sur ces eaux. Les riverains eux-mêmes ne peuvent en user; mais, en revanche, le propriétaire ne pourrait invoquer l'art. 640 pour laisser les eaux s'écouler sur les fonds inférieurs; il faudrait pour cela une circonstance très exceptionnelle, un étang formé par le séjour naturel des eaux de pluie ou de source, sans le fait de l'homme.

(1) Limoges, 22 janv. 1839, S., 39. 2. 284; 14 juill. 1840, S., 41. 2. 1.

(2) Cass., 16 mars 1853, S., 53. 1. 621. — Nancy, 19 décembre 1868, S., 70. 2. 8, D., 71. 2. 144. — Aubry et Rau, III, § 245, p. 52; Demolombe, XI, n. 117; Laurent, VII, n. 237. — *Contra* Dijon, 17 juin 1864, S., 66. 2. 17.

(3) V. *supra*, n. 821.

(4) Il en est de même si des ouvrages ont été établis par un tiers sur le fonds inférieur. Cass., 28 avril 1878, D., 78. 1. 381.

(5) Cass., 7 mai 1872, S., 72. 1. 162.

Le propriétaire de l'étang ne pourrait même, à notre avis, invoquer l'art. 641 pour imposer, moyennant indemnité, à titre de servitude légale, le passage des eaux. Il a été très nettement indiqué que la loi de 1898, qui a modifié les art. 641 s., laissait en dehors de ses prévisions les eaux dormantes des étangs. Il appartiendra donc au propriétaire qui voudra créer un étang d'obtenir des propriétaires inférieurs leur consentement, pour que le déversoir soit établi sur leurs fonds.

§ III. *Des sources.*

A. *Régime général.*

839. Lorsqu'il s'agit de rechercher la nature du droit exercé sur une source par celui dans le fonds duquel jaillit la source, deux systèmes se conçoivent *a priori*. On peut soutenir tout d'abord que les eaux de source sont *res nullius* tant qu'elles circulent dans les profondeurs du sol ; que si elles émergent à la surface du sol, soit naturellement, soit artificiellement, celui qui est propriétaire du terrain au point d'émergence, pourra bien s'emparer de l'eau de source en vertu du droit du premier occupant ; mais que s'il laisse couler l'eau vers les héritages inférieurs, cette eau devient une *res communis* sur laquelle les riverains exercent des droits déterminés par l'art. 644, droits dont ils ne peuvent plus ensuite être arbitrairement privés. En résumé, dans ce premier système, le propriétaire du fonds où jaillit la source n'a qu'un droit de *préférence*, de *priorité*, de *premier occupant* sur les eaux de la source.

Dans un second système, on considère la source comme une portion même du sol où elle prend naissance « *portio agri videtur aqua viva* ». La source n'a pas une individualité juridique distincte du sol où elle jaillit ; dès lors le propriétaire du sol est le propriétaire de la source ; il n'exerce à vrai dire son droit que sur un seul objet, sur le sol qui contient la source ; propriétaire du point d'émergence, il est nécessairement maître de la source, il y a entre la source et le sol une telle intimité que la propriété du sol emporte nécessairement celle de la source.

On se demandait, sous l'empire du code civil, et en présence de l'ancien art. 641, auquel des deux systèmes s'étaient ralliés les rédacteurs du code. Nous avions admis, dans notre première édition, qu'il convenait d'interpréter le texte dans le sens du premier système (1). La majorité des auteurs et la jurisprudence s'accordaient au contraire à reconnaître que le propriétaire du sol était propriétaire de la source comme d'une partie intégrante du fonds (2).

A lire le nouveau texte de l'art. 642, il semble que le législateur de 1898 ait voulu très nettement écarter l'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence pour consacrer formellement le premier système. En effet, tandis que l'art. 641 ancien portait les mots « celui qui a une source dans son fonds *peut en user à sa volonté* » sans ajouter aucune restriction; l'art. 642, indiquant tout d'abord qu'il s'agit de l'usage *des eaux* et non d'un droit sur la source elle-même, prend soin de limiter l'usage aux besoins de l'héritage. L'art. 642 § 1 est, en effet, ainsi conçu : « *Celui qui a une source dans son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté* DANS LES LIMITES ET POUR LES BESOINS DE SON HÉRITAGE ». C'est bien, semble-t-il, l'expression du système qui accorde seulement un droit de priorité d'usage, de préférence, à celui qui est propriétaire de l'héritage où la source prend naissance. Il n'en est rien cependant.

Lorsqu'en effet l'on consulte les travaux préparatoires, et lorsque l'on rappelle les modifications apportées dans la rédaction de notre texte, on est conduit nécessairement à reconnaître que le nouvel art. 642 a voulu maintenir la solution consacrée par la jurisprudence et donner au maître du sol la propriété de la source; il était permis de discuter avec l'ancien texte, dont les expressions étaient plus favorables à l'existence du droit de propriété sur la source; il n'y a plus maintenant de controverse sérieuse, bien que les termes de l'article

(1) V. *Traité des biens*, 1re éd., n. 830. — V. dans le même sens de Serrigny, passage lu au Sénat, séance du 21 juin 1863, *Annales du Sénat*, p. 407.

(2) Aubry et Rau, II, § 244, p. 34; Demolombe, XI, n. 63; Laurent, VII, n. 178. — Cass., 25 mars 1867, S., 67. 1. 384. — Aix, 14 déc. 1882, D., 85. 2. 93.

nouveau apparaissent comme la consécration du système inverse (1).

Au sénat, la commission voulait adopter le premier système, celui d'un simple droit de priorité d'usage, et le rapporteur avait même soutenu, comme nous l'avions fait dans notre première édition, que telle était la véritable pensée des rédacteurs du code civil, méconnue par la jurisprudence. Le projet de la commission, appuyé par le gouvernement, rencontra une très vive opposition; devant les critiques d'ordre juridique et économique, développées avec beaucoup de vigueur, le sénat finit par accepter, conformément à la jurisprudence, la théorie du droit de propriété (2). Malheureusement, le texte qui avait été rédigé en vue d'un autre système n'a pas subi le remaniement que nécessitait l'adoption du système contraire. Dans le projet de la Commission, l'art. 642 était ainsi conçu: « Celui qui a une source dans son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté, pour les limites et pour les besoins de son héritage *mais il ne peut en détourner le cours au préjudice des usagers inférieurs* ». Ces derniers mots ont seuls disparu (3); ils étaient, il est vrai, significatifs; le droit de disposition était enlevé au maître de la source, c'est-à-dire le droit de propriété lui-même. Il eût été certainement préférable de réformer le texte tout entier (4). Malgré l'incorrection très regrettable du texte, la loi de 1898 a voulu consacrer la théorie du droit de propriété. M. Méline, ministre de l'agriculture, précisait l'exacte signification du texte que le sénat allait finale-

(1) On ne saurait trop regretter les incorrections fréquentes de rédaction qui se glissent dans les lois actuelles; les exemples en sont nombreux.

(2) V. Rapport de M. Cuvinot et les paroles prononcées par lui, dans la séance du 15 fév. 1883, *Annales du Sénat*, p. 16. — V. les paroles de M. Méline, séance du 21 juin 1883, *Annales du Sénat*, p. 1087. — V. la discussion au Sénat dans les séances du 16 fév. et du 21 juin 1883.

(3) MM. Georges Graux et Renard ont même fait remarquer que, par suite d'une erreur d'impression, ces mots n'auraient pas disparu dans le texte voté pas le Sénat, si bien que, grâce à cette erreur d'impression, la rédaction votée par le Sénat semble différente de celle votée par la Chambre. La question pourrait donc, à la rigueur, se poser de savoir si la loi est régulière, et si elle doit être appliquée; il faudrait répondre négativement si l'on n'admettait pas l'hypothèse d'une erreur d'impression. V. *Lois nouvelles*, 1898, p. 457 s.

(4) Cette nécessité avait cependant été signalée au cours de la discussion. — V. paroles de M. Bernard, séance du Sénat, 21 juin 1883.

ment voter : « Avant que le Sénat passe au vote, je tiens à lui dire, afin qu'il le sache bien, quelle est la portée que le Sénat attache à cette rédaction : dans la pensée du gouvernement *cet article ne modifie pas la législation existante*... Tant que les petites sources ne sont pas réunies en cours d'eau, elles conservent leur caractère propre : mais c'est précisément parce que ces petites veines imperceptibles ne sont en réalité que des sources, qu'il est permis aux propriétaires sur les fonds desquels elles existent *d'en disposer à leur gré* » (1). En dehors des raisons impérieuses que fournissent les travaux préparatoires, deux arguments de texte viennent appuyer la solution proposée. L'art. 641 nouveau assimile le droit exercé sur les sources au droit qui appartient au propriétaire du sol sur les eaux pluviales; or, il n'est pas douteux que ce droit sur les eaux pluviales ne soit un droit de propriété (2).

L'art. 643 enlève au maître de la source le droit de détourner les eaux, le droit de disposition dans l'hypothèse où la source a le caractère d'eau publique et courante; si, par suite, on se trouve en dehors de l'hypothèse prévue par l'art. 643, le maître de la source conserve son droit de disposition et exerce, sans restriction, un droit de propriété.

L'argument *a contrario* tiré de l'art. 643 prend plus de force encore si l'on remarque que, dans le projet, l'art. 642 retirait, dans tous les cas, au maître de la source, le droit de détourner les eaux au préjudice des usagers inférieurs.

C'est après le rejet par le Sénat du système préconisé par sa commission, de la théorie du droit de priorité d'usage, que l'on a distingué nettement l'hypothèse d'une source ordinaire de celle ayant le caractère d'eau publique et courante, et écrit l'art. 643. Le maître de la source en est donc propriétaire, tant que la source ne saurait être considérée comme la tête d'un cours d'eau.

839 ***bis***. Puisque le propriétaire du fonds doit être considéré comme étant aussi et en même temps propriétaire de la

(1) Séance du 10 juillet 1883, *Annales du Sénat*, p. 556; dans son rapport supplémentaire, M. Cuvinot affirme aussi le maintien par le Sénat de la théorie, consacrée en jurisprudence, du droit de propriété sur les sources.

(2) V. *supra*, n. 830.

source, il faut en conclure, contrairement à ce que l'on devait admettre dans l'autre théorie (1), qu'il est permis d'aliéner la source et de la vendre; le droit de propriété emporte, en effet, la faculté de disposer de la chose; l'aliénation d'une source sera, sans doute, rare en fait; juridiquement, elle est possible, à la condition, toutefois, que l'aliénation porte sur le sol d'où jaillit la source, sur son point d'émergence; puisque la source n'est pas une individualité juridique distincte du sol, l'aliénation doit nécessairement comprendre et le sol et l'eau qui en sort.

Si les parties avaient eu l'intention de concéder seulement un droit sur les eaux, et si le propriétaire du fonds s'était réservé la propriété du point d'émergence, il n'y aurait pas aliénation de la source, mais constitution d'un droit de servitude, d'usage ou de créance.

Le propriétaire du fonds où jaillit la source se trouve parfois privé, sans aucun recours, des avantages que lui procure l'eau. Il se peut, en effet, que les veines alimentaires d'une source qui jaillit dans mon fonds se trouvent dans un fonds supérieur. Si le propriétaire de ce dernier fonds coupe ses veines en creusant un puits ou en faisant d'autres travaux de quelque nature qu'ils soient sur son fonds, et que ma source se trouve ainsi tarie, ou son volume d'eau diminué, je ne pourrai lui réclamer aucune indemnité parce qu'il ne fait qu'user de son droit. *Neminem lædit qui jure suo utitur* (2). Et il en serait ainsi alors même que j'aurais fait pour utiliser l'eau de la source des travaux remontant à plus de trente ans (Arg. art. 2232).

Par suite, c'est au propriétaire qui a ainsi capté la source que revient l'indemnité due à raison d'une expropriation pour cause d'utilité publique (3).

Toutefois, le droit pour un propriétaire de s'approprier, par des fouilles ou par des sondages, les eaux qui alimentent une source voisine, peut se trouver restreint, soit par une conven-

(1) V. *Traité des biens*, 1re éd., p. 535.
(2) Cass., 25 oct. 1886, S., 87. 1. 373, D., 87. 1. 426.
(3) Cass., 4 déc. 1860, S., 61. 1. 623.

tion, soit par l'établissement d'une servitude à laquelle l'exercice de ce droit porterait atteinte (1).

840. Le propriétaire de la source n'a pas seulement la faculté d'aliéner sans que les propriétaires des fonds inférieurs puissent se plaindre (2) ; il peut encore à son gré :

Ou laisser l'eau qu'elle fournit suivre la pente naturelle du terrain et couler sur les fonds inférieurs, qui sont tenus de la recevoir sous les conditions prévues par les art. 640 et 641 ; ainsi le propriétaire de la source ne pourrait laisser couler les eaux après les avoir corrompues par un usage industriel (3). Toutefois, pour que le propriétaire du fonds inférieur ait le droit de se plaindre de l'altération des eaux, il faut qu'il n'ait lui-même rien entrepris pour en dériver le cours (4) ;

Ou disposer de cette eau, soit en l'absorbant, soit en détournant son cours, pour en faire profiter un propriétaire voisin autre que celui auquel la destinait la pente naturelle du terrain ;

Ou même aveugler la source.

Le propriétaire de la source peut-il disposer à son gré des eaux, même en dehors du fonds d'où elles jaillissent? Soit un propriétaire qui possède un autre fonds situé sur le parcours d'écoulement des eaux de la source ; puisque le propriétaire de la source a incontestablement le droit d'en détourner les eaux au préjudice des propriétaires inférieurs, il importe peu, a-t-on dit (5), que ce détournement s'opère dans le fonds même qui renferme la source ou dans un autre. Mais cette

(1) La jurisprudence est constante sur ce point. — V. Cass., 20 juin 1842, S., 43. 1. 321; 22 août 1859, S., 60. 1. 360; 21 avril 1873, S., 73. 1. 358, D., 74. 1. 320; 14 fév. 1882, S., 83. 1. 253, D., 83. 1. 197. — Il est en outre interdit à un propriétaire de couper les veines alimentaires d'une source par pure malice, dans le seul but de nuire à autrui. — V. *supra*, n. 222 et cpr. *infra*, p. 566, note 2.

(2) On a proposé, lors de la discussion de la loi de 1898, d'accorder, dans certains cas, aux propriétaires des fonds inférieurs un droit de préemption lorsque la source était aliénée. — V. amendement de M. de Gavarnie, séance du Sénat, 21 juin 1883.

(3) V. *supra*, n. 827. — Cass., 27 avril 1857, S., 57. 1. 817, D., 57. 1. 173.

(4) Laurent, VII, n. 182. — Cass., 27 avril 1857, précité.

(5) Aubry et Rau, II, § 244, p. 35, note 7. — V. en ce sens Cass., 22 mai 1854, S., 54. 1. 29 ; 19 nov. 1855, S., 56. 1. 609, D., 56. 1. 345.

solution semble critiquable. Le propriétaire n'a, dans le fonds inférieur où s'écoulent les eaux de la source, que les droits conférés par l'art. 644 aux riverains d'un cours d'eau ; sans doute, il conserve toujours, en principe, le droit de supprimer le cours d'eau en absorbant les eaux de la source dans le fonds d'où elle jaillit ; il pourrait même, en obtenant une servitude d'aqueduc sur les fonds intermédiaires, conduire l'eau ainsi absorbée sur son fonds situé plus bas ; mais il faut que ces travaux de captation soient exécutés sur le fonds d'où jaillit la source ; et, en fait, ce serait tout différent de permettre au propriétaire de détourner les eaux par des ouvrages entrepris sur un fonds inférieur (1).

En aucun cas les propriétaires inférieurs ne peuvent se plaindre de ce qu'ils ne reçoivent plus l'eau que leur amenait la disposition naturelle des héritages. Il en serait ainsi alors même que le propriétaire de la source agirait sans intérêt personnel, en vue de priver un propriétaire inférieur du profit qu'il retire de l'eau de la source. Peu importe que Tronchet et Malleville aient dit le contraire au conseil d'Etat. C'est une appréciation individuelle qui pourrait s'appuyer sur les précédents du droit romain et de notre ancienne jurisprudence, et qui aurait pu être consacrée par le code ; mais elle ne saurait avoir pour résultat de modifier le sens d'un texte clair et précis. Le principe est absolu, par cela même que la loi n'y apporte aucune restriction (2).

L'art. 645 ne saurait, en effet, ainsi qu'on va le dire, s'appliquer à l'hypothèse de l'art. 642.

Les règlements émanés de l'administration ou des tribunaux ne peuvent porter aucune atteinte au droit d'usage absolu que l'art. 642 attribue au propriétaire d'une source. Le

(1) Laurent, VII, n. 192. — Cass., 28 mars 1849, S., 49. 1. 503. — Cpr. *infra*, n. 843.

(2) Cass., 22 janv. 1840, S., 40. 1. 207. — Aubry et Rau, III, § 244, p. 35; Demolombe, XI, n. 66. — Cpr. *Contra* Pardessus, I, n. 78; Daviel, III, n. 595. — Mais si le propriétaire de la source peut absorber toute l'eau au détriment des propriétaires inférieurs, il est interdit à un propriétaire de faire sur son terrain des fouilles dans l'unique but de couper les veines alimentaires d'une source qui jaillit d'un fonds voisin; ce serait une atteinte directe au droit d'autrui résultant de l'exercice abusif du droit de propriété. V. *supra*, n. 222.

droit de police de l'administration ne s'applique qu'aux eaux courantes et c'est seulement aussi en ce qui concerne les eaux courantes que l'art. 645 accorde aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour régler les conflits qui peuvent s'élever entre les divers ayants droit (1). Or les eaux de source ne sont pas des eaux courantes. Du moins elles ne deviennent telles que lorsqu'il plaît au propriétaire de la source de les laisser courir : il lui est loisible de les absorber en totalité. Les propriétaires inférieurs ne peuvent avoir sur l'eau de la source d'autre droit que celui qu'ils auraient acquis par titre, par la destination du père de famille ou par la prescription, et l'administration ou les tribunaux ne sauraient leur en concéder d'autres, sans violer le droit absolu du propriétaire de la source.

B. *Exceptions.*

841. La règle que le propriétaire d'une source peut en user à sa volonté souffre trois exceptions. La première a lieu lorsque le propriétaire du fonds inférieur a acquis un droit à l'usage de l'eau; la seconde, lorsque le cours de la source fournit à une communauté d'habitants l'eau qui leur est nécessaire; la troisième enfin, lorsque la source a le caractère d'eau publique et courante.

1° PREMIÈRE EXCEPTION. *Acquisition par un tiers d'un droit sur la source.*

842. Celui auquel appartient une source ne peut pas priver le propriétaire inférieur des avantages qu'il retire de l'eau de cette source, lorsque celui-ci a acquis un droit sur cette source.

Par quels moyens le propriétaire inférieur peut-il acquérir un droit à l'usage de l'eau? Notre article indique les deux plus usuels : le titre et la prescription. Il faut ajouter la destination du père de famille, qui est un mode général d'acquisition des servitudes continues et apparentes (art. 692) (2).

(1) Cons. d'Etat, 23 déc. 1858, S., 60. 2. 345, D., 60. 3. 25; 1er mars 1860, S., 60. 2. 346; 14 mars 1861, S., 61. 2. 365; Cass., 23 janv. 1840, S., 40. 1. 207. — Pau, 2 mai 1857, S., 58. 2. 181.

(2) Cass., 30 juin 1841, S., 41. 1. 638, D. *Rép.*, v° *Servitudes*, n. 142; 22 août 1859, S., 60. 1. 269, D., 60. 1. 221. — Montpellier, 27 janv. 1894, *Gaz. Pal.*, 11 janv. 1894.

Le titre peut être une convention ou un testament. On appliquerait les règles du droit commun, la loi n'y ayant pas dérogé.

Le droit commun serait applicable également en ce qui concerne la destination du père de famille, dont la loi ne parle même pas.

En ce qui concerne la prescription, la loi établit des règles particulières.

Il ne suffirait pas, pour qu'il y ait prescription au profit du fonds inférieur, que le propriétaire de la source en eût laissé couler l'eau sur ce fonds pendant trente ans et plus, *etiam per mille annos,* dit Cœpolla, ni même que, pendant tout ce temps, le propriétaire inférieur se fût servi de l'eau pour l'irrigation de ses héritages (1). C'était pour le propriétaire supérieur une *faculté* de laisser l'eau suivre la pente du terrain, et d'autre part c'est par pure *tolérance* qu'il a laissé le propriétaire inférieur se servir de l'eau pour l'irrigation ; or, aux termes de l'art. 2232 : « Les actes de pure faculté et » ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni » prescription ». D'un autre côté, le propriétaire du fonds inférieur était tenu de recevoir l'eau de la source, et le fait d'avoir supporté cette charge imposée à son fonds ne peut pas devenir pour lui l'origine d'un droit. Que faut-il donc, pour que la prescription soit acquise au profit du fonds inférieur? L'art. 642 § 2 nous le dit : « *Le propriétaire d'une source ne peut* » *plus en user au préjudice des propriétaires des fonds infé-* » *rieurs qui depuis plus de trente ans ont fait et terminé sur le* » *fonds où jaillit la source, des ouvrages apparents et perma-* » *nents destinés à utiliser les eaux ou à en faciliter le passage* » *dans leur propriété* ».

La prescription s'accomplit par trente ans de jouissance non interrompue ; c'est le droit commun (art. 2262). Le texte précise d'ailleurs avec soin les conditions requises pour que les trente ans commencent à courir.

Il faut d'abord des *travaux*. Le texte est formel.

Une notification, contenant l'indication des prétentions du

(1) Cass., 18 mars 1857, S., 57. 1. 263, D., 57. 1. 122.

propriétaire inférieur à l'eau de la source, avec injonction au propriétaire supérieur de n'en pas détourner le cours ni absorber l'eau ne suffirait pas. Solution qui, pour être légale, n'est peut-être pas très conforme aux vrais principes, d'après lesquels une notification expresse devrait avoir la même puissance que la notification tacite résultant des travaux (1).

En second lieu les travaux doivent être *apparents*. En effet une des conditions requises, pour que la possession puisse conduire à la prescription, est qu'elle soit publique (art. 2229); or elle n'a pas ce caractère lorsquelle repose sur des travaux non apparents, dont le propriétaire du fonds supérieur peut n'avoir pas connaissance.

Il n'est pas absolument nécessaire, pour la réalisation de cette condition, que les travaux se trouvent à la superficie du sol; un acqueduc souterrain, visible par quelques signes extérieurs, peut satisfaire aux exigences de l'art. 642. Il faut et il suffit qu'il y ait publicité dans les actes de possession qui résultent des travaux (2).

Il faut ensuite que ces travaux soient *terminés*. Des travaux en cours d'exécution n'annoncent qu'un projet; ils ne sauraient être considérés comme constituant l'empiètement nécessaire pour conduire à la prescription.

La prescription ne commence à courir qu'à dater de l'achèvement des travaux.

La loi exige en quatrième lieu que les travaux aient été faits par le *propriétaire du fonds inférieur*. Donc des travaux faits par le propriétaire de la source ne pourraient pas servir de base à la prescription. Et en effet le propriétaire du fonds supérieur a certainement fait ces travaux dans son intérêt, pour favoriser l'écoulement d'eaux dont la présence le gênait, et non dans l'intérêt du propriétaire du fonds inférieur. Comment donc celui-ci pourrait-il s'en prévaloir à l'appui de la prescription qu'il invoque?

Les travaux sont présumés avoir été faits par celui sur le

1) Aubry et Rau, III, § 244, p. 37; Demolombe, XI, n. 82; Laurent, VII, n. 206. — *Contra* Proudhon, *Du domaine public*, IV, n. 1371.

2) Cass., 12 avril 1830, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 154. — Demolombe, XI, n. 73; Laurent, VII, n. 203.

fonds duquel ils existent, sauf la preuve contraire (art. 553). Cette preuve contraire pourrait être faite par témoins. C'est le droit commun pour tous les faits non juridiques. Lorsque la preuve testimoniale est admissible, les présomptions de l'homme le sont également (art. 1242). La présomption légale de l'art. 553 pourrait donc être combattue par des présomptions simples, auxquelles le juge aura tel égard que de raison. Notamment des travaux existant sur le fonds supérieur pourraient être considérés comme faits par le propriétaire inférieur, *s'ils étaient de nature à ne pouvoir profiter qu'à lui*. La présomption simple résultant de ce fait pourrait détruire la présomption légale de l'art. 553 (1).

Puisque la présomption est contraire à l'application de l'art. 643 § 2 et puisque, d'autre part, c'est à celui qui invoque cet article d'en établir les conditions d'application, s'il y a doute sur l'origine des travaux, le doute doit s'interpréter en faveur du maître de la source, de façon à le maintenir dans tous les droits que lui confère l'art. 642 § 1.

Enfin les travaux doivent être destinés à utiliser les eaux ou en faciliter le passage dans les fonds inférieurs.

La loi d'ailleurs ne dit pas quelle doit être la nature des travaux, et ce serait ajouter à son texte que d'exiger qu'ils fussent construits en maçonnerie. Il a même été jugé qu'une simple rigole pratiquée sur le fonds supérieur peut suffire. C'est une question de fait, à résoudre par les juges.

Divers arrêts (2) ont pu préciser, dans certaines circonstances, si les travaux étaient ou non suffisants pour permettre l'application de l'art. 642. La seule idée générale que l'on puisse formuler, idée d'ailleurs conforme aux principes en matière de prescription, c'est que les travaux entrepris soient assez significatifs pour marquer, chez le propriétaire inférieur, l'intention certaine d'acquérir un droit sur les eaux de

(1) Cass., 27 nov. 1888, S., 89. 1. 101. — Cpr. Cass., 3 mai 1880, S., 80. 1. 306, D., 81. 1. 76 ; 16 déc. 1879, S., 80. 1. 246, D., 80. 1. 153.

(2) Cass., 15 janv. 1901, D., 01. 1. 48 ; 2 août 1858, S., 59. 1. 733, D., 59. 1. 230 ; 27 fév. 1854, S., 55. 1. 92, D., 54. 1. 127 ; 6 juill. 1892, D., 92. 1. 488 ; 16 juill. 1896, D., 96. 1. 561. — Montpellier, 20 mai 1846, D., 46. 2. 190. — Bordeaux, 5 juill. 1833, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 153. — Pau, 28 janv. 1889, D., 89. 2. 291.

la source, de se comporter comme titulaire d'une servitude sur le fonds supérieur; il faut que ces travaux révèlent l'*animus domini,* condition indispensable d'une prescription utile. Lorsque la loi exige des travaux destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans le fonds inférieur, cette condition se rattache aussi à l'exigence d'une possession non équivoque et à titre de « propriétaire ».

Enfin le texte nouveau de l'art. 642 § 2 exprime d'une façon formelle que les ouvrages doivent être *permanents,* solution déjà admise antérieurement; ainsi des barrages mobiles ne suffiraient pas à faire acquérir la prescription (1).

843. Avant les modifications introduites par la loi de 1898, on se demandait si les travaux devaient être exécutés sur le fonds supérieur ou si, pour invoquer la prescription, il ne suffisait pas de travaux apparents exécutés en un point quelconque, même sur le fonds inférieur. La controverse assez délicate que soulevait cette question, divisait la doctrine (2); la jurisprudence de la cour de cassation avait nettement adopté l'opinion qui exigeait que les travaux fussent exécutés sur le fonds supérieur (3).

Cette controverse est maintenant éteinte ; l'art. 642 nouveau consacre en termes exprès la solution de la jurisprudence.

En conséquence, des travaux, même apparents, exécutés seulement sur le fonds inférieur, ne suffisent pas pour conduire à la prescription.

Le propriétaire d'un fonds, séparé de la source par un ou plusieurs héritages intermédiaires, pourrait se prévaloir de la

(1) Demolombe, XI, n. 75.

(2) V. dans le sens de la première opinion, Demolombe, XI, n. 80; Duranton, V, n. 181; Toullier, III, n. 635; Proudhon, *Dom. publ.,* n. 1372; et, dans le sens de la deuxième opinion, Aubry et Rau, III, § 244, p. 37; Laurent, VII, n. 203; Demante, II, n. 493 *bis,* I; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 268; Marcadé, sur l'art. 642, n. 2. — *Tr. des biens,* 1re éd., p. 542; Chauveau, *Note* sous Cass., 5 juil. 1893, citée note suivante. — Cpr. dans le même sens Rouen, 16 juillet 1857, S., 57. 2. 621, D., 57. 2. 181.

(3) Cass., 4 mars 1885, S., 88. 1. 108, D., 86. 1. 34; 5 juillet 1893, D., 395, *l'and. Franç.,* 94. 1. 49 et la note de M. Chauveau; 12 mars 1890, S., 90. 1. 221. — V. aussi Paris, 15 mars 1858, D., 58. 2. 475. — Dijon, 5 avril 1871, S., 72. 2. 79, D., 73. 2. 183.

prescription s'il avait pu remplir les conditions ci-dessus ; le texte nouveau de l'art. 642 ne laisse aucun doute à cet égard ; l'on a, en effet, substitué au singulier de l'ancien texte « le propriétaire d'un fonds inférieur » le pluriel suivant : « Les propriétaires des fonds inférieurs » (1).

844. D'après la jurisprudence, le domaine d'application de l'art. 642 ne serait pas restreint aux eaux de source. La prescription, dans les conditions prévues par cet article, pourrait permettre d'acquérir une servitude de prise d'eau sur un canal privé (2).

845. Reste à savoir quel est le droit que le titre, la prescription ou la destination du père de famille fait acquérir au propriétaire du fonds inférieur.

a. En ce qui concerne la destination du père de famille, il ne saurait y avoir de difficulté. Elle fait acquérir au fonds inférieur un droit de servitude, en vertu duquel le fonds dans lequel jaillit la souree lui doit une certaine quantité d'eau. Le propriétaire de ce dernier fonds ne peut user que de l'excédent.

b. Quant au titre on doit admettre qu'il peut faire acquérir au propriétaire du fonds inférieur soit un droit à la propriété de la source, soit un droit de servitude réelle, soit un droit d'usage, servitude personnelle, soit un droit de créance. Tout dépend de la teneur du titre, dont les juges ont à déterminer le sens en cas de contestation (3).

Que le propriétaire du fonds où naît la source puisse, *jure servitutis*, s'obliger à transmettre une certaine quantité d'eau ou même la totalité de l'eau de la source au fonds inférieur,

(1) Cpr. Planiol, *op. cit.*, n. 1940.

(2) Cass.. 26 janvier 1880, S., 80. 1. 261, D., 80. 1. 152 ; 30 juin 1896, D., 96. 1. 554.

(3) Aubry et Rau, III, § 244, p. 40, texte et note 22. La question n'est pas sans intérêt ; s'il y a cession à titre de propriété, le cessionnaire pourra transmettre son droit à d'autres personnes, tandis que l'ancien propriétaire de la source ne pourrait consentir aucune autre cession et devrait même s'abstenir d'utiliser personnellement les eaux de la source. Au contraire, s'il y a seulement création d'une servitude, le titulaire, qui ne peut l'exercer que dans l'intérêt de son fonds, ne pourra la céder à d'autres personnes et le propriétaire de la source restera libre soit d'user lui-même de l'eau, soit de constituer de nouvelles servitudes, à la condition de ne pas porter atteinte à la servitude primitivement concédée.

cela n'est pas contestable. Quant au droit de propriété sur la source, il importe de s'entendre; ce qui est cédé, ce n'est pas la propriété de la source individuellement envisagée. Suivant une remarque déjà faite, pour transmettre valablement la propriété de la source, il faut de toute nécessité transférer la propriété même de la parcelle de terrain où jaillit la source (1).

Le droit de servitude consenti au profit d'un propriétaire inférieur peut être assez étendu pour comprendre l'usage du débit tout entier de la source.

Ce droit de servitude peut naître au profit d'un propriétaire dont le fonds n'est pas contigu à celui d'où jaillit la source (2); la contiguité des fonds n'est pas nécessaire, on le sait, pour la constitution des servitudes. Le propriétaire du fonds inférieur non contigu devra, pour utiliser le droit concédé, obtenir une servitude d'aqueduc sur les fonds intermédiaires (3).

c. Il reste la prescription. Si l'on admet que le titre peut faire acquérir au fonds inférieur non seulement un droit de servitude mais encore un droit de propriété, nous croyons qu'il faut décider de même en ce qui concerne la prescription, ainsi que l'a fait la cour de cassation par un arrêt du 25 mars 1867 (4). Car, en principe, on peut acquérir par prescription ce que l'on peut acquérir par titre, et d'ailleurs la loi met ici la prescription sur la même ligne que le titre. Des auteurs considérables admettent cependant que la prescription, à la différence du titre, ne peut jamais faire acquérir la propriété des eaux de source, mais seulement un droit de servitude (5). Cette opinion doit être écartée; le juge appré-

(1) Le juge pourra facilement interpréter la volonté des parties de façon à admettre que l'on a voulu transférer la propriété du sol où la source prend naissance. — V. *supra*, n. 839 *bis*.

(2) Il s'agit d'une servitude concédée par titre et la solution indiquée n'est pas en contradiction avec celle soutenue *supra*, n. 835 relativement à la prescription.

(3) *Contra* Laurent, VII, n. 191. Cet auteur assimile à tort la question résolue au texte et celle de savoir si le propriétaire de la source peut disposer librement des eaux de cette source en dehors du fonds où elles jaillissent. Nous supposons ici qu'en vertu de la servitude concédée le propriétaire inférieur recueille d'abord les eaux dans le fonds même où jaillit la source.

(4) Cass., 25 mars 1867, S., 67. 1. 384, D., 67. 1. 220.

(5) Aubry et Rau, III, § 244, p. 40.

ciera en fait, d'après les actes de possession, si l'on a prescrit la propriété de la source, dans laquelle se trouve compris nécessairement le point d'émergence, ou seulement un droit de servitude sur les eaux.

La prescription transforme le fait en droit; le propriétaire du fonds inférieur aura donc droit à l'usage de l'eau dans la mesure où il en a usé pendant la durée de sa possession. *Tantum præscriptum quantum possessum.* L'étendue de son usurpation déterminera l'étendue de son droit. Le propriétaire de la source pourra disposer de l'excédent, car cet excédent reste libre entre ses mains : par exemple, si le propriétaire inférieur a acquis par prescription le droit à la quantité d'eau nécessaire pour faire tourner son moulin, le propriétaire de la source pourra disposer de toute l'eau qui ne lui est pas nécessaire pour cet usage, c'est-à-dire de toute l'eau qui, si elle lui était transmise, passerait par dessus le déversoir du moulin (1).

846. Dans les contestations qui s'élèvent au sujet de l'usage des eaux d'une source, le juge doit donner satisfaction en première ligne à la réclamation de ceux qui ont acquis des droits à l'usage de l'eau soit par titre, soit par prescription, soit par la destination du père de famille. A leur défaut ou après eux, il fera passer le propriétaire de la source, dont il consacrera le droit de propriété.

Si la difficulté naît entre plusieurs titulaires d'un droit de servitude sur l'eau d'une source, on doit tout d'abord donner satisfaction à celui qui, le premier, a su acquérir un droit opposable aux tiers; les autres servitudes concédées doivent être écartées dans la mesure où elles empêcheraient l'exercice normal de la première.

Si le conflit s'élève entre plusieurs riverains du cours d'eau formé par la source, dont aucun n'a acquis un droit privatif à l'usage de l'eau, alors, mais alors seulement, le juge peut user du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 645.

(1) Si le surplus des eaux non dérivées s'est transformé en eaux publiques et courantes, celui qui a prescrit l'usage d'une partie de la source n'a sur le surplus que les droits déterminés par les art. 643 et 644. Besançon, 8 avril 1903, D., 03. 2. 483.

Enfin, dans le cas où il s'agirait d'examiner la prétention d'un propriétaire inférieur réclamant l'exercice d'une servitude sur la source, il appartiendrait à ce propriétaire de fournir la preuve du droit allégué (1).

2° DEUXIÈME EXCEPTION. *Droit sur la source au profit des habitants d'une commune.*

847. « *Il* (le propriétaire de la source) *ne peut pas non* » *plus en user de manière à enlever aux habitants d'une* » *commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire;* » *mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage,* » *le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est* » *réglée par experts* » (art. 642 § 3).

Cette disposition n'existait pas dans le projet soumis au conseil d'Etat. Ce fut Regnault qui la proposa, et il la motiva sur ce qu'il y avait des villages, dans lesquels les fontaines et les abreuvoirs publics étaient alimentés par des eaux de source découlant d'un fonds supérieur. Ces motifs permettaient de préciser la portée du texte et le caractère de la nécessité à laquelle on avait voulu pourvoir. Il s'agissait de satisfaire aux besoins de la consommation des habitants et de leurs bestiaux, et non aux besoins de l'agriculture ou de l'industrie. Par conséquent le texte ne pouvait pas être invoqué par une commune qui prétendait que l'eau lui était nécessaire pour l'irrigation des terres ou pour le roulement d'un moulin, sauf, en ce cas, à procéder par l'expropriation pour cause d'utilité publique (2).

Notre texte suppose que l'eau d'une source, après être sortie de l'héritage où elle prend naissance, vient couler sur un territoire auquel les habitants d'une commune, d'un village ou d'un hameau ont un libre accès, par exemple sur un terrain appartenant à la commune, ou sur une voie publique :

(1) Cass., 20 avril 1870, D., 72. 1. 244.

(2) Le législateur de 1898, en faisant figurer dans le code rural l'ancien art. 643 pour en faire le § final de l'art. 642, n'a-t-il pas modifié l'esprit du texte? On pourrait soutenir, non sans raison aujourd'hui, que les communautés d'habitants ont la faculté d'invoquer l'art. 642 *in fine* pour toutes les nécessités *agricoles*, par exemple pour les nécessités de l'irrigation. Cpr. Graux et Renart, *Comment. Lois nouvelles*, p. 499.

les habitants viennent y puiser l'eau qui leur est nécessaire ou y abreuver leurs bestiaux.

L'ancien art. 643, qui réglementait l'hypothèse, disait que le propriétaire de la source ne pourrait en *détourner le cours;* on admettait, sans difficulté, qu'il ne pouvait non plus absorber l'eau en usages agricoles ou industriels, ni la corrompre de façon à la rendre impropre à la consommation. La rédaction nouvelle de l'art. 642 § 3 précise cette solution en termes formels : « Il ne peut pas non plus *en user*.... »

Ici, comme dans bien d'autres cas, le législateur fait prévaloir un intérêt collectif sur un intérêt individuel : il sacrifie le droit du propriétaire de la source à celui d'une communauté d'habitants. Et il y a ceci de fort remarquable que le propriétaire de la source se verra privé de son droit de disposition, sans qu'il y ait lieu de procéder contre lui par l'expropriation pour cause d'utilité publique. C'est une dérogation grave au droit commun. Elle s'explique par l'urgence des besoins auxquels il s'agit de satisfaire. L'eau est un élément essentiel de la vie, comme l'air. La loi n'a pas voulu qu'une communauté d'habitants pût en être temporairement privée, jusqu'à l'issue d'une procédure régulière en expropriation.

848. Par cela même qu'il déroge au droit commun, l'art. 642 § 3 doit être interprété d'une manière restrictive, conformément à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis.*

Nous tirerons de là plusieurs déductions :

1° Le droit, dont parle notre article, n'étant établi qu'au profit d'une communauté d'habitants, ne pourrait pas être réclamé par un simple particulier, ni même par plusieurs familles habitant des maisons voisines, si elles ne constituaient pas une agglomération suffisante pour former au moins un *hameau* (diminutif de *village*).

En cas de doute, appartient-il à l'autorité administrative de décider si une agglomération d'habitants constitue ou non un hameau ? La cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 4 décembre 1895, que si l'autorité administrative a seule le pouvoir de créer des communes ou des sections de commune, l'autorité judiciaire est compétente pour décider, d'après les documents divers de la cause, par exemple sur le

vu du plan cadastral ou des tableaux de recensement, qu'une communauté d'habitants constitue un hameau (1).

L'action ayant pour but de faire reconnaître le droit à l'usage des eaux de la source ne peut être intentée que par la commune, section de commune, ou hameau, après les autorisations administratives nécessaires à cet effet. Le maire de la commune pourrait intenter une action possessoire (2), mais il ne pourrait recourir à son pouvoir réglementaire, pour prendre un arrêté de police contenant défense à un particulier de détourner une source, dont les eaux seraient nécessaires à la commune (3).

2° Les habitants de la commune, d'un village ou d'un hameau ne peuvent invoquer la diposition de notre article qu'autant que l'eau *leur est nécessaire*. L'utilité ne suffit pas ici, comme elle suffit en matière d'expropriation pour cause d'*utilité* publique (4). On ne saurait donc approuver une décision de la cour d'Orléans (5) qui a admis l'application de notre texte, dans un cas où les habitants avaient à leur disposition, et, en quantité suffisante, d'autres eaux que celles de la source dont ils réclamaient l'usage, mais dans des conditions moins commodes. En revanche, la cour de cassation a fort bien jugé que le droit à la servitude existait au profit d'une commune, dont quelques habitants avaient des puits, alors que la plupart en manquaient (6).

A fortiori, on doit admettre qu'il y a nécessité, dans le sens voulu par l'art. 642, du moment où les habitants n'ont à leur disposition d'autres eaux que celles de la source, alors même qu'ils pourraient s'en procurer en creusant un puits.

(1) Cass., 4 déc. 1895, D., 96. 1. 343 avec le rapport de M. Alphandéry. — Les raisons invoquées dans cet arrêt nous paraissent assez sérieuses pour nous conduire à abandonner l'opinion contraire que nous avions adoptée dans la première édition, d'accord avec la grande majorité des auteurs (Demolombe, IX, n. 93; Block, *Dict. de l'administration,* v° *Sources,* n. 3; Garnier, *Traité sur les eaux,* III, p. 817 et avec l'appui d'un arrêt Cass., 15 janv. 1835, S., 35. 1. 957).

(2) Cass., 3 déc. 1878, S., 79. 1. 269, D., 79. 1. 150.

(3) Cass., 8 juin 1848, S., 48. 1. 523, D., 48. 1. 168.

(4) Cass., 16 février 1904, D., 04. 1. 270.

(5) Orléans, 22 août 1856, S., 62. 1. 366, et la note.

(6) Cass., 4 mars 1862, S., 62. 1. 366, D., 62. 1. 283.

Les tribunaux civils apprécient librement ce caractère de nécessité, sans intervention de l'autorité administrative, tant qu'il ne s'agit pas de recourir à la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique (1).

3° Notre article parle d'eaux de source, par conséquent d'eaux vives. De plus il suppose que l'eau de la source forme une eau courante, c'est-à-dire, ainsi qu'il a été expliqué tout à l'heure, qu'elle sort du fonds où elle prend naissance, pour couler sur un territoire où les habitants ont un libre accès. En dehors de ces conditions, notre disposition ne recevrait plus son application. Ainsi elle serait inapplicable à des eaux mortes, c'est-à-dire à celles qui seraient contenues dans une citerne, dans une mare ou dans un étang (2). Elle serait inapplicable même à des eaux de source, si elles ne sortaient pas du fonds où elles prennent naissance, par exemple si toute l'eau débitée par la source était contenue et retenue dans un réservoir construit en maçonnerie (3). Dans tous ces cas, il faudrait, si l'on voulait reconnaître aux habitants un droit de puisage, les autoriser à s'introduire dans le fonds qui contient l'eau ; ce qui serait une servitude toute différente de celle qu'établit l'art. 642 § 3, et beaucoup plus gênante (4). Notre article serait inapplicable également, si l'eau ne traversait que des héritages, sur lesquels les habitants de la commune, village ou hameau, n'ont pas un libre accès; ils ne pourraient pas forcer l'un des propriétaires, celui dans le fonds duquel la source prend naissance, ou un autre, à les laisser établir un aqueduc pour conduire l'eau en un lieu où ils auraient le droit de venir la puiser, sauf encore ici à procéder, s'il y a lieu, par l'expropriation pour cause d'utilité publique.

En d'autres termes, l'art. 642 § 3 a seulement pour objet le

(1) Aix, 12 juin 1845, D., 46. 2. 223.

(2) Aubry et Rau, III, § 244, p. 41 ; Demolombe, XI, n. 91 ; Laurent, VII, n. 215. — *Contra* Duranton, V, n. 191 ; Pardessus, n. 138 ; Delvincourt, I, p. 383 ; Toullier, III, n. 134.

(3) Nimes, 13 juillet 1867, S., 68. 2. 218 ; il en serait de même de l'eau d'un puits, dont le propriétaire pourrait disposer à son gré, alors même que l'eau serait nécessaire aux habitants d'une commune. — Nimes, 24 nov. 1863, S., 63. 2. 267.

(4) Cass., 1er juillet 1890, D., 90. 1. 355.

maintien, au profit d'une agglomération d'habitants, du mouvement naturel des eaux courantes; ce texte empêche le maître de la source d'arrêter, à la sortie de son fonds, les eaux qu'un écoulement naturel amènerait à la libre disposition des habitants. Mais l'art. 642 § 3 ne permet pas l'établissement d'une servitude de passage, ni d'aqueduc sur le fonds des particuliers (1); il faudrait pour cela recourir à une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique. Par ailleurs l'art. 642 § 3 renferme à l'encontre du propriétaire de la source la seule prohibition d'user des eaux nécessaires aux habitants de la commune; on ne saurait donc, sans forcer les termes de ce texte, interdire les fouilles entreprises par un propriétaire quelconque, quand bien même leur résultat serait de couper les veines alimentaires de la source nécessaire à la commune (2). On ne trouve de restriction à cet égard que dans la loi de 1856 sur les eaux minérales (3).

849. D'après la jurisprudence de la cour de cassation, la servitude établie par notre article grève non seulement le fonds où la source prend naissance, mais encore les fonds intermédiaires que l'eau de la source traverse avant d'arriver au lieu où les habitants de la commune, du village, ou du hameau ont un libre accès pour venir la puiser. Les propriétaires de ces héritages intermédiaires ne pourraient ni détourner le cours de l'eau qui traverse leur héritage, ni l'absorber au préjudice des habitants auxquels elle est nécessaire, ni la corrompre avant de la leur transmettre. Le droit de la communauté d'habitants, qui prévaut sur celui du propriétaire de la source, doit aussi l'emporter sur celui des propriétaires des héritages intermédiaires (4).

(1) Cass., 5 juillet 1864, S., 64. 1. 362, D., 64. 1. 280; 1er juillet 1890, D., 90. 1. 355; 25 mars 1891, D., 94. 1. 335. — Nimes, 13 juillet 1867, S., 68. 2. 218. — Dijon, 5 avril 1871, S., 72. 2. 79, D., 73. 2. 183. — Cpr. Cass., 14 fév. 1872, S., 72. 1. 381, D., 72. 1. 265.

(2) Cass., 4 déc. 1849, S., 50. 1. 33, D., 49. 1. 305; 26 juil. 1836, S., 36. 1. 819. — Grenoble, 5 mai 1834, S., 34. 2. 491. — Cpr. Cass., 18 mai 1872, S., 72. 1. 217, D., 72. 1. 349.

(3) V. *infra*, n. 844.

(4) Cass., 15 janv. 1849, S., 49. 1. 329, D., 49. 1. 57. — Nancy, 29 avril 1842, S., 42. 2. 486, D., 42. 2. 158.

850. Le propriétaire de la source peut réclamer une indemnité aux habitants de la commune, du village ou du hameau, qui, en invoquant la disposition de l'art. 642 § 3 le privent du droit d'*user* de l'eau de la source. Il n'est pas nécessaire, comme en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, que le paiement de cette indemnité soit préalable. L'indemnité devra être calculée en prenant pour base, non l'avantage que les habitants retirent de l'eau, mais le préjudice que souffre le propriétaire de la source. C'est ce que suffit à démontrer le mot *indemnité* (art. 642 § 3), qui signifie réparation d'un préjudice : indemnité vient de *sine damno*. On estimera donc ce que le fonds vaut en moins pour être grevé de la servitude dont il s'agit. Notre article dit que l'indemnité sera réglée par experts ; il serait plus exact de dire qu'elle sera réglée par la justice, sur un rapport d'experts. Il est bien entendu d'ailleurs que ni l'intervention de la justice, ni celle des experts ne seront nécessaires, si les parties peuvent parvenir à un règlement amiable de l'indemnité.

D'après la partie finale de notre article, le propriétaire ne peut pas réclamer d'indemnité, si les habitants ont « acquis ou prescrit l'usage » de l'eau. Le mot *acquis* fait allusion au cas où le droit à l'usage de l'eau a été conféré aux habitants par un titre (convention ou testament). Le titre a pu avoir pour but soit de fixer l'indemnité à payer par les habitants, soit de les en libérer, soit de trancher, sous forme de transaction une difficulté sur le point de savoir si l'eau leur était absolument nécessaire. Dans tous les cas le titre fait alors la loi des parties. Mais que signifie le mot *prescrit* ? La loi n'a certes pas voulu dire que les habitants peuvent acquérir par la prescription le droit d'user de l'eau : elle le leur accorde de plein droit ; ils n'ont donc pas besoin de l'acquérir. Suivant l'opinion générale, il s'agit de la prescription de l'indemnité due au propriétaire de la source pour le préjudice que la servitude lui cause. Si les habitants ont usé de l'eau pendant trente ans, sans payer d'indemnité, la prescription les aura libérés de toute obligation à cet égard. Voyez à ce sujet l'explication de l'art. 685. Les trente ans courent à dater du jour où la commune a usé ou déclaré vouloir user

de la servitude, parce que c'est à dater de ce moment que le droit à l'indemnité prend naissance. Il n'est pas nécessaire qu'il ait été fait des travaux apparents destinés à faciliter la chute et le cours d'eau (1).

3° TROISIÈME EXCEPTION. *Droit au profit des usagers inférieurs sur les eaux d'une source ayant le caractère d'eaux publiques et courantes (Abandon à la communauté irrigative).*

851. « *Si dès la sortie du fonds où elles surgissent les eaux* » *de sources forment un cours d'eau offrant le caractère d'eaux* » *publiques et courantes, le propriétaire ne peut les détourner* » *de leur cours naturel au préjudice des usagers inférieurs* » (art. **643**).

Depuis longtemps la cour de cassation avait admis cette exception dont la formule avait été très nettement exprimée dans un arrêt de 1854 (2). Lorsque les eaux de la source sont abandonnées à leur cours naturel, lorsqu'elles forment ainsi la tête d'un cours d'eau, lorsque les propriétaires inférieurs ont usé des eaux, lorsque cet état de choses s'est perpétué pendant très longtemps, les eaux de la source prennent le caractère d'eaux publiques et courantes; abandonnées à la *communauté irrigative,* elles ne peuvent plus être absorbées uniquement par le propriétaire de la source, au mépris du droit que les autres riverains ont acquis sur elles; désormais il n'y a plus, à vrai dire, un propriétaire de la source et des propriétaires inférieurs; il n'y a plus que des riverains d'un cours d'eau. Cette jurisprudence s'était toujours maintenue (3), malgré les objections d'ordre juridique qu'elle avait soulevées (4); elle s'imposait, il est vrai, par des nécessités pratiques tout à fait impérieuses; en fait, il est difficile, impossible même, de permettre à celui qui possède dans son héritage la source, l'origine d'un cours d'eau, de supprimer ce cours d'eau, tout le long duquel vivent des intérêts considérables, ceux des agriculteurs et ceux des usiniers. Aussi, lors-

(1) Aubry et Rau, III, § 244, p. 43; Demolombe, XI, n. 98; Laurent, VII, n. 222.
(2) Cass., 22 mai 1854, S., 54. 1. 729, D., 54. 1. 301.
(3) Cpr. Cass., 28 fév. 1888, S., 89. 1. 23; 2 août 1897, D., 98. 1. 15.
(4) Aubry et Rau, III, § 244, p. 35 et note 9; Demolombe, IX, n. 177; Laurent VII, n. 306, *Traité des biens,* 1re éd., p. 843.

que le législateur de 1898 eut abandonné l'idée de restreindre en toute hypothèse le droit d'usage sur les eaux, d'accorder seulement un droit de préférence et non un droit de propriété au maître de la source, il n'hésita pas à consacrer d'une façon formelle la solution depuis longtemps reçue en jurisprudence ; c'est dans ce but que l'art. 643 nouveau a été écrit ; il se trouve d'avance interprété par la jurisprudence antérieure.

La règle posée dans l'art. 643 se justifie très aisément en raison ; il importe, en effet, de distinguer entre deux catégories de sources ; lorsqu'il s'agit d'une simple source ayant, en quelque sorte, sa vie propre et distincte, donnant naissance à un filet d'eau, le propriétaire du sol où elle jaillit a, en principe, le droit absolu de disposer des eaux ; lorsqu'il s'agit, au contraire, d'une source qui forme la tête d'un véritable cours d'eau, il faut sauvegarder les intérêts de tous les riverains du cours d'eau, et restreindre les droits du propriétaire de l'héritage où la source prend naissance (1).

852. La difficulté pratique, celle qui a causé et qui causera des procès, est de dire dans quels cas les eaux de la source auront le caractère d'eaux publiques et courantes. Quel critérium permettra de distinguer nettement la simple source, de celle qui forme le point initial d'un cours d'eau, *principium et caput fluminis* suivant l'expression d'un ancien auteur? Pour l'application de l'art. 643, une première condition est tout d'abord requise ; il faut que le maître de la source ait laissé couler l'eau vers les héritages inférieurs, qu'il en ait fait l'*abandon ;* s'il en retenait les eaux en tout ou en partie, au moyen de barrages, il n'y aurait pas abandon, formation d'un cours d'eau ; il faut, en second lieu, que cet abandon soit ancien et ne résulte pas d'un état de choses momentané ; le plus souvent cet état de choses sera immémorial ; il convient aussi, en troisième lieu, de prendre en considération le volume de l'eau abandonnée et l'étendue de son parcours ;

(1) V. à ce sujet les paroles de M. Lenoël, Sénat, 25 janv. 1883, *Annales*, p. 40 : « Mais dès qu'il y a un cours d'eau déterminé, abandonné à tous, qui va être soumis » à des règlements administratifs, si ce cours d'eau est dénommé, s'il est traversé » par des ponts, allez-vous dire que par un acte de sa volonté, le propriétaire de » la source peut en disposer comme bon lui semble ? »

s'il ne s'agit que d'un ruisselet qui coule sur quelques centaines de mètres, il n'y a pas à vrai dire de cours d'eau (1); enfin il faut que le long des rives des intérêts se soient assis, qu'il y ait une réunion de personnes intéressées au maintien du cours d'eau, une *communauté irrigative*, comme disaient les arrêts, le mot ne devant pas être entendu toutefois dans un sens étroit; ce ne sont pas seulement les intérêts de l'irrigation qui sont protégés, mais aussi ceux de l'industrie, des usiniers; c'est cette communauté d'intérêts qui confère aux eaux leur caractère d'*eaux publiques*.

Lorsque ces conditions sont réunies, l'art. 643 s'applique quelle que soit l'origine même des eaux; il importe peu que le cours d'eau ait été formé par l'amas des eaux de pluie, par une source naturelle ou par une source provenant de fouilles ou même par les eaux issues d'un puits artésien. Il est vrai que, dans cette dernière hypothèse, on trouvera très rarement réunies les conditions indiquées.

En résumé, la loi suit désormais les eaux depuis leur condensation sous forme d'eaux de pluies; le propriétaire du sol sur lequel elles tombent en est le maître absolu. Les eaux de pluie, après s'être infiltrées dans le sol, peuvent jaillir en un point quelconque, sous forme de source; le propriétaire de l'héritage où naît la source est encore, en principe, le maître des eaux; son droit toutefois comporte des restrictions; lorsque les eaux en s'écoulant forment un cours d'eau, la loi réglemente les droits respectifs des riverains; aucun d'eux ne peut désormais se dire le maître de l'eau et cette règle est applicable à celui-là même sur le fonds duquel est l'origine du cours d'eau. En réalité, l'art. 643 forme la transition entre les règles applicables aux sources et celles écrites pour les eaux courantes dans les art. 644 et 645, et même on doit dire qu'il se rattache à ces derniers textes; le propriétaire du sol, sur lequel jaillit une source considérée comme tête d'un cours d'eau, est traité comme les autres riverains du cours d'eau; il n'est pas le propriétaire de la source, il n'est que le riverain supérieur du cours d'eau.

(1) V. Cass., 11 fév. 1903, D., 04. 1. 13; Aubry et Rau, 5e édit., III, § 244, note 25, p. 65.

853. La loi des 14-22 juillet 1856 *sur la conservation et l'aménagement des sources d'eaux minérales* a eu pour but de protéger les sources présentant une utilité au point de vue médical et ayant été l'objet d'une déclaration d'intérêt public. On établit autour de ces sources un *périmètre de protection*. Les terrains compris dans ce périmètre sont grevés d'une double servitude : 1° les propriétaires de ces terrains ne peuvent entreprendre, sans autorisation, aucun sondage ni travail souterrain ; 2° ils doivent souffrir les travaux jugés nécessaires ou seulement utiles à l'exploitation de la source.

IV. *Des eaux courantes.*

854. Les riverains d'un cours d'eau formant une dépendance du domaine public, c'est-à-dire d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable, n'ont aucun droit sur les eaux qui y circulent. Ils peuvent cependant obtenir de l'administration l'autorisation de se servir de ces eaux soit pour l'irrigation de leurs propriétés, soit pour un usage industriel. Mais ces concessions ne confèrent aux riverains que des droits précaires, toujours révocables par l'administration, qui peut toujours retirer sans indemnité l'autorisation qu'elle a accordée, si elle estime que l'intérêt de la navigation l'exige (1).

Il en est autrement des eaux courantes qui ne forment pas une dépendance du domaine public. L'art. 644 dit à ce sujet : « *Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que* » *celle qui est déclarée dépendance du domaine public par* » *l'art. 539 au titre* de la Distinction des biens, *peut s'en ser-* » *vir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés.* — » *Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user* » *dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la* » *rendre à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire* ».

Notons tout d'abord que ce texte, parlant d'*eaux courantes,*

(1) V. les art. 40-46 de la loi du 8 avril 1898. Ces textes indiquent dans quelles conditions les autorisations sont accordées ; l'art. 45 décide, en outre, que les retraits d'autorisation ne pourront être prononcés que suivant la forme et la garantie exigées pour les accorder. Une indemnité est allouée lorsque les prises d'eau ou établissements ont une existence légale.

est inapplicable aux eaux mortes, c'est-à-dire aux eaux des lacs, étangs, citernes et autres réservoirs.

Les riverains des étangs ne jouissent pas du droit que l'art. 644 confère à ceux dont les propriétés bordent une eau courante; le propriétaire de l'étang a la disposition exclusive de l'eau (1). Une restriction, toutefois, s'impose lorsque l'étang, alimenté par une eau courante dont la source est située dans un héritage supérieur, se déverse par un cours d'eau dans les fonds inférieurs; le propriétaire de l'étang doit alors conserver aux eaux le cours habituel qu'elles ont à la sortie de l'étang (2). L'art. 644 est inapplicable aussi aux eaux pluviales (3) et aux eaux qui circulent dans un canal creusé de main d'homme. En un mot, l'article n'est écrit qu'en vue des cours d'eau naturels qui ne dépendent pas du domaine public.

855. Si l'on est d'accord sur le principe qui écarte l'application de l'art. 644 à l'égard des eaux circulant dans un canal artificiel, il est beaucoup plus difficile de préciser les conséquences de ce principe. Supposons d'abord, hypothèse la plus fréquente, un canal dérivé d'un cours d'eau naturel pour les besoins d'une usine ou d'un moulin et laissant au ruisseau son existence distincte. Les riverains du cours d'eau conservent tous les droits qu'ils tiennent des art. 644 et 645 et peuvent exiger que les eaux dérivées soient rendues à leur cours ordinaire; vis-à-vis d'eux, le maître du canal ne fait qu'user du droit conféré par nos articles et il doit le faire dans la limite et sous les conditions prévues par ces textes. Quant aux rivevains du canal lui-même et à ceux qui possèdent des fonds inférieurs par rapport à ce canal, ils n'ont aucun droit sur les eaux dérivées et c'est en ce sens que l'art. 644 n'est pas applicable aux eaux d'un canal artificiel (4). Les riverains du canal ne pourraient acquérir de droit sur les eaux dérivées que par l'établissement à leur profit d'une servitude de l'homme

(1) Cass., 19 avril 1865, S., 65. 1. 252, D., 65. 1. 168. — V. une conséquence du principe, Cass., 21 juin 1859, S., 59. 1. 661, D., 59. 1. 341.

(2) Cass., 20 fév. 1839, S., 39. 1. 414.

(3) Il en serait autrement si les eaux pluviales formaient la source d'un cours d'eau. V. *supra*, n. 833.

(4) Cass., 24 déc. 1860, S., 62. 1. 977, D., 61. 1. 412. — Toulouse, 28 fév. 1877, D., 77. 2. 62.

constituée par titre, prescription ou destination du père de famille (1). La jurisprudence toutefois permet aux riverains, même en l'absence d'une servitude régulièrement établie, d'utiliser les eaux du canal pour la satisfaction des besoins nécessaires et directs de l'homme (2). Cette solution, appuyée sur certaines circonstances de fait, paraît difficile à justifier en droit; l'intérêt général, l'utilité publique ne sont pas des motifs suffisants pour autoriser la jurisprudence, à défaut du législateur, à faire échec aux principes juridiques (3).

Comment distinguer un canal artificiel d'un cours d'eau naturel? La question ne soulève guère de difficultés si, à côté du cours d'eau naturel, on a créé un canal de dérivation. Mais lorsque l'eau coule dans un seul lit à la suite de travaux exécutés sur une partie de son cours, faut-il considérer comme un canal artificiel la partie rectifiée du cours d'eau? La jurisprudence se décide d'ordinaire par des circonstances de fait et aboutit à des distinctions acceptables (4), que l'on peut résumer en cette formule générale : le cours d'eau conserve son caractère de cours d'eau naturel tant que les travaux ont été entrepris pour son amélioration, son aménagement, dans un but d'utilité générale, tant qu'ils n'ont pas eu pour objet d'en modifier la destination commune au profit d'un seul (5).

856. D'autre part, la disposition de notre texte ne saurait profiter qu'aux propriétaires riverains du cours d'eau; elle ne pourrait donc pas être invoquée par celui dont la propriété serait séparée du cours d'eau par un chemin; c'est le chemin dans ce cas qui est la propriété riveraine (6). Lorsque

(1) Laurent, VII, n. 262.

(2) Cass., 13 juin 1827, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 241, 1er juillet 1872, S., 72. 1. 235, D., 72. 1. 297. — Cpr. cass., 28 fév. 1870, D., 70. 1. 419.

(3) Les riverains du canal ne pourraient avoir certains droits sur les eaux que s'ils étaient propriétaires du lit, c'est-à-dire dans le cas où le propriétaire de l'usine ou du moulin n'aurait qu'une servitude d'aqueduc sur les fonds voisins, pour la dérivation des eaux nécessaires à l'exploitation industrielle. — Demolombe, XI, n. 128.

(4) Cass., 26 avril 1854, S., 54. 1. 458, D., 54. 1. 139. — Paris, 20 février 1875, D., 77. 2. 151.

(5) Le canal créé autrefois par un seigneur haut justicier dans certaines circonstances est assimilé à un cours d'eau naturel. — Cass., 31 mars 1852, S., 53. 1. 192, D., 52. 1. 228.

(6) Toulouse, 26 nov. 1832, S., 33. 2. 572. — Bordeaux, 2 juin 1840, S., 40. 2.

le lit d'un cours d'eau vient à changer, les riverains de l'ancien lit ne conservent pas le droit conféré par l'art. 644 s'ils ne sont pas riverains du nouveau (1).

857. Cela posé, notre article accorde aux riverains des droits plus ou moins étendus, suivant que leur propriété borde l'eau courante ou qu'elle est traversée par elle. Quel est le caractère du droit conféré aux riverains sur les eaux ? Ce n'est pas un droit d'usage, une servitude personnelle ; malgré les termes dont se sert l'art. 644, il ne s'agit pas non plus d'une servitude réelle ; les riverains ont le droit de se servir de l'eau, comme conséquence de leur droit de propriété sur l'héritage limitrophe (2) et sur le lit du cours d'eau ; mais ce droit est restreint par les dispositions mêmes de la loi (3) et par suite de la nécessité qui s'impose à chacun d'eux de respecter le droit égal des autres riverains, si bien que l'on a pu considérer tous les riverains comme ayant un droit de copropriété sur l'ensemble du cours d'eau ; les riverains se trouvent pour ainsi dire, par rapport au cours d'eau, dans un état d'indivision forcée.

Une propriété borde l'eau courante lorsque le cours d'eau lui sert de limite ; elle est traversée par l'eau courante lorsque le cours d'eau entre dans la propriété. En d'autres termes, celui dont l'héritage est bordé par l'eau courante n'est propriétaire que d'une seule rive ; celui dont l'héritage est traversé par l'eau courante est propriétaire des deux rives. Etudions successivement ces deux hypothèses.

A. *L'héritage est traversé par l'eau courante.*

858. Le propriétaire peut se servir de l'eau sur son parcours non seulement pour l'irrigation de son héritage (4), mais aussi pour tout autre usage, par exemple pour les usages domestiques (lavage, puisage, abreuvage des bestiaux) ou

355. — Angers, 28 juin 1847, S., 47. 5. 256, D., 47. 4. 445. — Dijon, 23 janv. 1867, S., 67. 2. 259, D., 67. 2. 216. — Amiens, 25 fév. 1875, S., 75. 2. 161.

(1) Cass., 11 fév. 1813, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 209.

(2) Colmet de Santerre, II, p. 533.

(3) Art. 2 de la loi du 8 avril 1898.

(4) Par exemple pour la submersion d'un vignoble atteint par le phylloxéra. — Nîmes, 22 fév. 1886, D., 86. 2. 155.

pour un usage industriel, mais à la condition cependant de ne pas corrompre l'eau (1). Il peut même détourner le cours de la rivière et lui faire décrire dans sa propriété toutes sortes de méandres, mais à la charge de la rendre « à la sortie » de ses fonds à son cours ordinaire » (2).

= *A la sortie de ses fonds,* c'est-à-dire au point où il cesse d'être propriétaire soit des deux rives, soit de l'une d'elles. A cet endroit, en effet, il y a un riverain au moins, peut-être deux, dont les droits seraient lésés si on ne leur restituait pas l'eau courante (3).

= *A son cours ordinaire,* c'est-à-dire au cours qu'elle suivait à l'époque où il l'a détournée. La loi ne dit pas *à son cours naturel,* car le cours ordinaire n'est peut-être pas le cours naturel, les riverains ayant pu le changer à une époque plus ou moins reculée (4).

La rédaction primitive de l'art. 2 de notre article portait : « Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user » *à sa volonté...* ». Ces derniers mots ont été supprimés dans la rédaction définitive, à la suite d'une observation de Cambacérès, parce qu'ils auraient pu donner à entendre que celui dont la propriété est traversée par l'eau courante peut l'absorber en totalité au préjudice des riverains inférieurs; mais on a conservé le mot *même* qui rend la rédaction de l'article assez défectueuse.

On a, grâce à ce vice de rédaction, voulu accentuer la différence qui sépare les deux hypothèses de l'art. 644, et donner au propriétaire de l'héritage qui traverse le cours d'eau un droit très étendu, presque absolu, lui permettant d'absorber toute l'eau sans en rien laisser aux propriétaires inférieurs, en lui faisant seulement défense de retenir l'eau sans utilité, dans le but de nuire aux autres riverains (5). La cour de cas-

(1) Le propriétaire pourrait donc utiliser l'eau qui traverse son héritage pour le mouvement d'une usine à l'aide d'écluses. — Cass., 19 janv. 1874, S., 74. 1. 252, D., 74. 1. 118; 6 juillet 1897, D., 97. 1. 536.

(2) A moins qu'un obstacle matériel résultant de l'état des lieux ne s'y oppose. Cass., 24 juillet 1901, D., 01. 1. 464.

(3) Cass., 16 janv. 1877, S., 79. 1. 211, D., 78. 1. 260.

(4) Cass., 10 fév. 1839, D. *Rép.*, v° *Action possessoire,* n. 393.

(5) Cass., 23 novembre 1829, S. chr. — Bourges, 7 avril 1837, S., 37. 2. 319, D., 37. 2. 83. — Caen, 19 août 1837, S., 38. 2. 25.

sation a fini par faire justice de cette thèse, contraire à l'idée générale des art. 644 et 645; les dispositions de ces textes supposent, ce qui est conforme à la nature même des eaux « courantes », que tous les riverains ont un droit égal à l'usage de ces eaux; ce sont des co-usagers du ruisseau et l'un d'eux ne peut, par un usage excessif, porter atteinte au droit égal des autres (1).

B. *L'héritage borde l'eau courante.*

859. Celui dont la propriété borde une eau courante a en face de lui un autre riverain qui, lui aussi, a des droits à l'eau. On conçoit donc qu'en pareil cas aucun des deux riverains ne puisse détourner le cours de l'eau. Chacun aura simplement le droit de se servir de l'eau à son passage.

Mais c'est la seule différence qui sépare cette hypothèse de la précédente. Le riverain dont les eaux bordent le fonds est tenu de respecter le droit égal qui appartient au propriétaire de la rive opposée; par suite, les droits réunis des deux riverains font à ceux-ci une situation tout à fait égale à celle du propriétaire dont le fonds est traversé par l'eau courante. En supposant les deux riverains d'accord, ils pourront détourner la rivière, sous la charge de la rendre à son cours ordinaire à la sortie de leurs fonds (2).

Le riverain, tenu de respecter la propriété qui lui fait face, ne pourrait établir de barrages jusqu'à la rive opposée, à moins d'avoir obtenu sur cette rive un droit d'appui, par le consentement du propriétaire ou par application de la loi du 11 juillet 1847 (3).

On a cherché, dans une interprétation trop littérale de l'art. 644, à restreindre le droit du propriétaire dont l'héritage borde l'eau courante. En effet, la loi ajoute : « pour l'irrigation de ses propriétés », et de là on a conclu que chaque riverain ne peut se servir de l'eau pour un autre usage, pour

(1) Cass., 4 décembre et 17 décembre 1861, S., 62. 1. 161, D., 62. 1. 73. — Dijon, 1er décembre 1865, S., 66. 2. 123. — Bourges, 29 janvier 1872, S., 72. 2. 187, D., 72. 2. 61. L'administration pourrait aussi intervenir. Art. 10 de la loi de 1898.

(2) Laurent, VII, n. 284. — Besançon, 24 mai 1828, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 228.

(3) V. *infra*, n. 881.

un usage industriel, par exemple. Il y aurait donc, entre le propriétaire dont la propriété est traversée et celui dont la propriété est seulement bordée par l'eau courante, cette autre différence : que le premier pourrait se servir de l'eau pour toute espèce d'usage, et le second pour l'irrigation seulement. Mais cette interprétation, qui conduirait logiquement à refuser au riverain d'un seul côté le droit de se servir de l'eau, même pour les usages domestiques, doit être repoussée. Le texte de la loi n'est pas exclusif, et, s'il parle de l'irrigation seulement, c'est parce qu'il statue ici, comme ailleurs, *de eo quod plerumque fit*. En raison, du reste, on ne verrait pas pourquoi le droit du riverain d'un seul côté serait limité à l'irrigation (1).

C. *Dispositions communes à tous les riverains.*

860. 1° Tout propriétaire riverain d'un cours d'eau ne dépendant pas du domaine public peut pratiquer des saignées ou rigoles pour amener sur ses terres l'eau destinée à l'irrigation (2).

La prise d'eau peut d'ailleurs être pratiquée sur un fonds supérieur, avec le consentement du propriétaire de ce fonds; l'art. 644, qui donne un droit aux riverains, ne règle pas le mode d'exercice de ce droit, variable suivant l'escarpement de la rive et le niveau du fonds, tantôt en contre-haut, tantôt en contre-bas de la rivière (3).

Lorsque le riverain a utilisé pour l'irrigation les eaux dérivées à l'aide de rigoles, est-il obligé de ramener dans le lit

(1) Cass., 17 janvier 1888, S., 88. 1. 149, D., 88. 1. 75. — *Sic* Laurent, VII, n. 283. — *Contra* Hennequin, I, p. 421. — Cpr. solutions diverses Aubry et Rau, III, § 246, p. 50; Demolombe, XI, n. 156 s.

(2) Une autorisation administrative est-elle nécessaire pour permettre au riverain de pratiquer une prise d'eau? Oui, incontestablement, s'il s'agit d'utiliser la prise d'eau pour une usine ou un moulin (art. 11 de la loi du 8 avril 1898). La question, au contraire, pourrait paraître douteuse lorsqu'il s'agit d'une prise d'eau ordinaire pour les besoins de l'irrigation ; à lire l'art. 11, il semble que l'autorisation préalable soit requise même pour une prise d'eau destinée à l'irrigation ; il suffit de consulter les travaux préparatoires pour se convaincre du contraire ; le législateur a voulu, sur ce point, maintenir les solutions antérieures. V. Graux et Renard, *Lois nouvelles*, 1898, p. 571-575.

(3) Cass., 21 nov. 1864, S., 65. 1. 21, D., 65. 1. 174 ; 22 fév. 1870, S., 70. 1. 190, D., 70. 1. 335. — Lyon, 26 janv. 1881, D., 82. 2. 16.

de la rivière l'eau non absorbée? D'ordinaire, on ne pose la question qu'à l'égard du propriétaire dont l'héritage borde l'eau courante, et on semble croire que, pour celui dont le fonds est traversé par la rivière, l'art. 644 ne laisse aucun doute, puisque ce texte lui impose expressément la charge de rendre l'eau à son cours habituel. Mais on exagère ainsi la portée de ces expressions; l'art. 644, prévoyant l'hypothèse où le propriétaire détournerait la rivière et modifierait son lit, lui impose l'obligation de rendre à l'eau son cours ordinaire; tout autre est la situation que nous avons en vue; la rivière n'a pas été détournée, on s'est contenté de pratiquer une prise d'eau pour l'irrigation; le propriétaire, dont l'héritage est traversé par l'eau courante, en use comme le pourrait faire celui dont le fonds est seulement bordé par la rivière; il n'y a donc pas lieu de les traiter différemment. Mais quelle règle commune leur appliquer?

La loi n'impose aucune obligation spéciale au propriétaire. Toutefois, comme son droit d'usage est limité aux besoins des propriétés riveraines, il ne pourrait retenir dans des réservoirs, ni céder à des tiers, ni laisser perdre en des bétoires l'excédent de l'eau non absorbée dans l'irrigation; cette eau doit être, à la sortie du fonds irrigué, abandonnée au cours naturel qui résulte de la disposition du sol (1). On ne pourrait imposer au riverain l'obligation de faire exécuter à ses frais des travaux destinés à ramener le superflu des eaux dans le lit d'où elles ont été dérivées; mais, en pareil cas, le pouvoir discrétionnaire, dont les tribunaux sont investis par l'article 645, aurait une occasion très légitime de s'appliquer; afin d'éviter pour les fonds inférieurs une privation excessive, un règlement du tribunal pourrait déterminer le mode et l'étendue de la jouissance des riverains, et prescrire les dispositions nécessaires pour restreindre la prise d'eau dans une mesure convenable, et limiter au minimum la déperdition des eaux (2).

(1) Cass., 22 fév. 1870, S., 70. 1. 190, D., 70. 1. 335. — Metz, 5 juin 1866, S., 67. 2. 228, D., 66. 2. 124.

(2) Aubry et Rau, III, § 246, p. 51 : Demolombe, XI, n. 155 ; Laurent, VII, n. 285. — Cpr. Dijon, 8 mars 1895, D., 95. 2. 309.

861. 2° Le droit d'irrigation de chaque riverain n'est pas limité en profondeur. En d'autres termes, la loi n'a pas tracé de zone d'irrigation. Un propriétaire riverain peut se servir de l'eau pour l'irrigation de terres situées à une grande distance du cours d'eau, si sa propriété s'étend jusque là sans solution de continuité, et même pour l'irrigation de propriétés séparées du cours d'eau par des fonds intermédiaires (*infra,* n. 872). De là il résulte que le droit d'irrigation peut se trouver fort inégalement réparti entre les propriétaires riverains.

Un riverain augmente sa propriété par l'acquisition de terrains contigus : a-t-il le droit de se servir de l'eau pour l'irrigation des terrains nouvellement acquis? Il paraît bien difficile de ne pas admettre l'affirmative ; car autrement à quelle époque se placerait-on pour déterminer jusqu'à quelle limite les fonds riverains jouissent de la faculté d'irrigation? Faudrait-il considérer l'étendue qu'ils avaient il y a dix ans, il y a vingt ans, il y a cent ans? Faudrait-il, comme le dit Daviel, remonter jusqu'au déluge? On doit donc dire avec la jurisprudence que le juge règle les droits des riverains, en cas de contestation, d'après l'état actuel des propriétés, c'est-à-dire d'après leur état au moment du litige (1).

Une question plus douteuse se pose lorsqu'un fonds riverain est morcelé à la suite d'une vente ou d'un partage, de telle façon que la partie détachée ne soit plus riveraine du cours d'eau. Le nouveau propriétaire de cette partie du fonds peut-il invoquer l'art. 644? Non, incontestablement, si le contrat ne contient aucune clause à cet égard ; mais, d'après certains auteurs, le droit aux eaux pourrait être exercé au profit de l'héritage tout entier par le propriétaire de la partie riveraine et par celui de la partie non riveraine, si le droit avait fait dans le contrat l'objet d'une clause expresse, ou même s'il résultait de certaines circonstances de fait, par exemple de travaux destinés à faciliter l'irrigation pour l'héritage entier, que le droit aux eaux avait été tacitement concédé ou réservé ;

(1) Aubry et Rau, III, § 246, p. 48 ; Demolombe, XI, n. 158 ; Laurent, VII, n. 274. — Limoges, 9 août 1838, D. *Rép.*, v° *Servitude,* n. 210. — *Contra* Duranton, V, n. 235 ; Proudhon, *Du domaine public,* IV, n. 1426.

la position des autres riverains, dit-on, ne saurait être nécessairement améliorée par la division d'un fonds (1).

Le motif est faible, puisque l'augmentation d'une propriété riveraine peut, en sens inverse, restreindre le droit des autres riverains, et puisqu'il faut, en principe, se décider d'après l'état de la propriété au jour du litige; le propriétaire de la partie démembrée n'a pas la qualité de riverain, il ne saurait donc se prévaloir de l'art. 644; il pourrait seulement obtenir, par une clause expresse, du vendeur resté riverain, une cession partielle ou totale du droit de ce dernier sur les eaux, solution moins favorable, puisque dans un règlement d'eaux devenu nécessaire, on ne tiendrait compte que de la partie riveraine pour fixer le volume de l'eau (2).

862. 3° Les riverains peuvent concéder à des tiers leur droit aux eaux, tel qu'il résulte des art. 644 et 645; cette proposition ne soulève pas de doutes sérieux, lorsque la concession est faite au profit d'un autre riverain; mais, on a soutenu qu'elle ne pouvait être accordée à des tiers non riverains, le droit aux eaux n'étant attaché par la loi qu'à la qualité de riverain (3). L'objection n'est que spécieuse; un propriétaire non riverain ne peut, de son chef, avoir droit aux eaux; mais le riverain peut disposer du droit qu'il tient de l'art. 644, puisque ce n'est pas un véritable droit de servitude, et en céder le bénéfice à des tiers quelconques. La loi de 1845 suppose la possibilité de ce résultat (4); la cession ne peut d'ailleurs causer aucun préjudice aux autres riverains puisque le cessionnaire n'aura pas de droits plus étendus que le cédant (5). Si les propriétaires des héritages non riverains peuvent acquérir par titre un droit sur les eaux, droit concédé par le propriétaire riverain, ils peuvent aussi acquérir ce droit

(1) Aubry et Rau, III, § 246, p. 48, note 11. — Besançon, 4 juillet 1840, D. *Rép.*, v° *Jugement d'avant dire droit*, n. 24. — Cpr. Demolombe, XI, n. 153 s.

(2) Cpr. Laurent, VII, n. 275; Pardessus, n. 106.

(3) Laurent, VII, n. 299. — Montpellier, 17 février 1852, S., 53. 2. 17 et 21.

(4) V. *infra*, n. 872.

(5) Aubry et Rau, III, § 241, p. 15, note 7; Demolombe, XI, n. 151 et 211. — Cpr. Cass., 28 nov. 1854, S., 55. 1. 714. — Nimes, 6 déc. 1852, S., 53. 2. 17. — Agen, 7 fév. 1856, S., 56. 2. 18. — Bruxelles, 20 juin 1890, D., 91. 2. 217.

par destination du père de famille, ou par prescription, et contraindre le riverain à leur abandonner à titre de servitude tout ou partie des eaux auxquelles le riverain peut prétendre.

863. 4° Les riverains, qui, en principe, peuvent faire tous les travaux propres à faciliter l'usage des eaux, doivent cependant s'abstenir, conformément au droit commun, de causer un dommage injuste aux autres riverains; le droit de chacun est limité par le respect dû au droit légal des coriverains. Les conséquences de cette idée sont parfois assez difficiles à préciser, et la jurisprudence a montré quelque tendance à les exagérer. Certes, le riverain supérieur d'une rivière ne saurait user des eaux, de façon à les altérer ou à les corrompre, au préjudice des propriétaires inférieurs, en les rendant impropres à l'irrigation ou aux usages domestiques (1); les tribunaux apprécient, en fait, si la corruption de l'eau est vraiment nuisible, susceptible d'occasionner un dommage sérieux (2) et, en vertu de leur pouvoir discrétionnaire, ils peuvent, dans un règlement d'eau, prescrire les mesures propres à faire disparaître ou à atténuer dans une mesure convenable le dommage causé. Ainsi on a pu permettre à un propriétaire d'user de l'eau pour le lavage des minerais, à charge de débarrasser ensuite les eaux des amas de matières terreuses susceptibles d'encombrer le ruisseau et de nuire aux moulins inférieurs (3); on pourrait aussi ordonner un partage des eaux, permettre au riverain industriel d'en retenir une partie pour son usage exclusif, pour ne laisser couler sur les fonds inférieurs que la partie non utilisée par lui et demeurée complètement pure (4). En cas de nécessité absolue, les tribunaux pourraient interdire complètement l'usage abusif des eaux, et accorder aux riverains lésés une indemnité.

Les mêmes remarques s'appliquent aux ouvrages qui au-

(1) Cass., 27 avril 1857, S., 57. 1. 817, D., 58. 1. 173; 16 janv. 1866, S., 66. 1. 101, D., 66. 1. 206. — Douai, 3 mars 1845, S., 45. 2. 337, D., 45. 2. 168. — Bordeaux, 12 avril 1848, S., 48. 2. 394.

(2) Caen, 20 déc. 1855, D., 56. 2. 294.

(3) Bourges, 11 juin 1828, D. *Rép.*, v° *Eaux*, n. 390.

(4) Rouen, 18 mars 1839 et 8 juin 1841, D., 45. 2. 168 et 169.

raient pour résultat de faire refluer les eaux sur les fonds voisins ou d'en occasionner l'infiltration dans ces fonds (1). Mais la question devient plus délicate, lorsque les ouvrages nuisent au fonctionnement d'usines établies sur le cours d'eau. Malgré l'existence de l'usine, les autres riverains conservent le droit d'user des eaux et d'employer les moyens propres à atteindre ce but; mais, si les ouvrages ainsi entrepris retiennent les eaux pendant des intervalles plus ou moins longs et les empêchent d'arriver régulièrement à une usine située en aval ou les font refluer sous les roues d'une usine en amont, il en résulte un préjudice causé aux usiniers. La jurisprudence se dessine en faveur de ces derniers et prohibe le maintien de semblables ouvrages, contraires au bon fonctionnement des établissements industriels (2). Il serait préférable de ne pas poser de principe absolu, et de trancher le litige, en fait, par un règlement d'eau, conformément à l'art. 645; on doit concilier les droits égaux du riverain qui use de l'eau pour son industrie et de celui qui l'emploie pour un autre usage, de même que l'on concilie les prétentions rivales de deux usiniers (3).

864. 5° Pour la défense de leurs droits, les riverains peuvent recourir à l'action possessoire (4).

6° La loi du 8 avril 1898 (art. 5, § 27), dans le cas où une petite rivière se creuse un nouveau lit, permet aux riverains de l'ancien lit, dans l'année qui suit le changement, de prendre les mesures nécessaires pour rétablir l'ancien cours des eaux.

7° Nous verrons plus tard les modifications que subissent les droits respectifs des riverains par l'effet d'une convention ou de la prescription (5).

8° Enfin, en dehors des droits résultant de l'art. 644, les riverains d'un cours d'eau naturel non compris dans le

(1) Cass., 26 mars 1844, S., 44. 1. 478. — Riom, 10 fév. 1830, S., 32. 2. 574.

(2) Cass., 3 août 1852, S., 52. 1. 652; 15 fév. 1860, S., 61. 1. 56; 23 août 1882, D., 83. 1. 237; Aubry et Rau, III, § 246, p. 52.

(3) Cpr. Cass., 19 juin 1877, S., 78. 1. 53.

(4) Laurent, VII, n. 298; Cass., 16 janv. 1866, D., 66. 1. 206.

(5) V. *infra*, n. 862.

domaine public ont le droit de pêche et le bénéfice de l'accession sur les îles et les îlots (1).

D. *Règlements d'eau.*

865. Aux termes de l'art. 645 : « *S'il s'élève une contesta-* » *tion entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être* » *utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'in-* » *térêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété; et,* » *dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le* » *cours et l'usage des eaux doivent être observés* ».

Les contestations sont fréquentes entre riverains : c'est même du mot *riverain,* dit M. de Demolombe, que paraît être dérivé le mot *rival* qui désigne les sentiments les plus vifs de la concurrence et de l'antagonisme. Il ne faut pas s'en étonner : les riverains ont tous un droit à l'eau courante, et ils se la disputent, parce que souvent elle n'est pas assez abondante pour satisfaire aux besoins de tous. Ces contestations peuvent s'élever soit entre deux riverains qui se font face, soit entre un riverain supérieur et un riverain inférieur. Qui règlera le différend? Ce sera le tribunal civil. Sa compétence était tout naturellement indiquée, puisqu'il s'agit d'une question de propriété. Tout au moins les riverains sont des co-usagers relativement à l'eau courante et le tribunal civil devait être compétent pour régler entre eux, au cas de contestation, l'usage de l'eau, de même qu'il l'est pour opérer le partage d'une

(1) V. *supra*, n. 425. — Ont-ils le droit de circuler en bateau et de traverser sur le cours d'eau les autres héritages pour le service et le desservice de leurs propriétés? Lorsque la jurisprudence, considérant les eaux comme *res nullius,* refusait aux riverains la propriété du lit, elle accordait sans hésiter le droit de circuler en bateau à tous les riverains. (V. l'arrêt de principe, Cass., 8 mars 1865, D., 65. 1. 130). L'article 563 nouveau qui attribue aux riverains la propriété du lit des petites rivières devrait entraîner logiquement une modification, sur ce point, de la jurisprudence ; on s'en est expliqué formellement lors de la discussion de la loi et l'art. 3 *in fine* qui maintient les droits acquis fournit un autre argument (V. en ce sens Trib. Corbeil, 25 juill. 1900; Trib. Auch, 4 juin 1901, D., 02. 2. 201) ; cependant la cour de Paris, réformant la décision du tribunal de Corbeil, s'est prononcée en sens contraire ; elle maintient ses solutions anciennes et consacre le droit de libre circulation en bateau. Paris, 24 juill. 1901, D., 02. 2. 201. — Il est certain, quelle que soit l'opinion que l'on professe dans cette controverse, que les riverains pourraient invoquer l'art. 682 pour obtenir le droit de passage avec bateaux si le fonds était enclavé et si la rivière paraissait être la meilleure voie d'exploitation.

chose indivise entre plusieurs copropriétaires qui ne peuvent parvenir à s'entendre amiablement : l'usage, après tout, est un démembrement de la propriété. La décision par laquelle le tribunal opère cette répartition porte le nom de *règlement d'eau*. Il importe de préciser la nature exacte de cette décision judiciaire ; ce n'est autre chose qu'un jugement qui tranche une contestation entre deux ou plusieurs riverains touchant l'existence, l'étendue ou le mode d'exercice des droits qu'ils prétendent sur les eaux. Il faut un litige d'intérêts privés soumis à la juridiction civile ; le tribunal, appelé à statuer sur les prétentions respectives des parties, rend un jugement qui se renferme dans les limites d'une décision d'espèce ; le tribunal demeure ainsi dans la sphère de ses attributions, sans violer la défense faite par l'art. 5 de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire. Si l'on a pu donner à de telles décisions de justice le nom de *règlements,* c'est, d'une part, que le tribunal est parfois appelé à concilier les prétentions d'un grand nombre de propriétaires ; c'est, d'autre part, que l'art. 645 lui donne, pour la solution du litige, un large pouvoir d'appréciation. Mais, en toute hypothèse, on ne doit jamais oublier que le tribunal, appelé à décider simplement des contestations nées entre particuliers dans leurs droits privés, rend des sentences ayant tous les caractères des jugements ; en un mot les tribunaux, investis de leur mission habituelle, ne sortent pas de leurs attributions normales. Nous retrouverons plus tard diverses conséquences de cette remarque générale, soit pour fixer la limite qui sépare l'intervention de l'autorité judiciaire et le rôle de l'autorité administrative, soit pour fixer les conditions mêmes dans lesquelles s'exerce le pouvoir des tribunaux. Et, tout d'abord, puisqu'il s'agit d'un jugement, le tribunal ne peut d'office opérer un règlement d'eau ; il ne peut statuer que sur la demande des intéressés, qui viennent s'adresser à lui pour faire juger leur différend.

Mais il suffit qu'une contestation soit née, relative aux droits respectifs des riverains sur les eaux courantes, pour que le tribunal soit autorisé à user du pouvoir très large que lui confère l'art. 645. Il n'est pas nécessaire que, par des conclu-

sions formelles, les parties aient demandé un « règlement d'eau » ; cette demande est implicitement contenue dans les conclusions qui soumettent au juge la décision du litige ; en conséquence, cette demande expresse peut être formulée pour la première fois en appel (1).

866. Y a-t-il des règles qui s'imposent au juge pour la répartition des eaux entre les divers riverains ? La loi dit qu'il doit, en prononçant, « concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété ». C'est lui donner, en d'autres termes, un pouvoir discrétionnaire, en lui indiquant toutefois quel est l'esprit qui doit présider à ses décisions. Le juge sera ici surtout un ministre d'équité. Ainsi il peut décider que chaque riverain aura droit à l'usage exclusif de l'eau courante pendant un certain nombre de jours par semaine ou par mois ou pendant un certain nombre d'heures par jour.

D'ailleurs, en thèse générale, les règlements d'eau opérés par les tribunaux en vertu de l'art. 645 échappent au contrôle de la cour de cassation, ainsi que l'interprétation judiciaire de ces règlements (2). Cependant ce pouvoir discrétionnaire ne doit pas être exagéré ; la décision n'échappe à la censure de la cour suprême que dans la mesure où il s'agit d'apprécier et de concilier les divers intérêts en jeu ; mais, dans leur sentence, les juges du fait doivent respecter les principes qui régissent le droit aux eaux (3). Le pouvoir que les tribunaux tiennent de l'art. 645 implique celui de prescrire la construction des ouvrages nécessaires pour assurer à chacun des intéressés la portion d'eau qui lui est attribuée (4). Lorsque la construction de tels ouvrages a été ordonnée, le tribunal peut autoriser les riverains à passer sur les fonds où les travaux sont effectués, pour en surveiller l'exécution et l'entretien (5), sans toutefois créer une véritable servitude (6) ;

(1) Cass., 19 juill. 1865, S., 66. 1. 163, D., 66. 1. 40 ; 18 déc. 1865, S., 66. 1. 55, D., 66. 1. 255.

(2) Cass., 3 janv. 1868, S., 68. 1. 64, D., 68. 1. 116 ; 17 juin 1868, D., 69. 1. 12 ; 29 mai 1876, S., 76. 1. 304, D., 77. 1. 78 ; 17 mai 1892, D., 93. 1. 348.

(3) Cpr. Cass., 4 déc. 1861, D., 62. 1. 161, D., 62. 1. 73.

(4) Cass., 19 avril 1865, S., 65. 1. 264, D., 65. 1. 377 ; 11 mai 1868, S., 68. 1. 285, D., 68. 1. 468 ; 22 fév. 1870, S., 70. 1. 190, D., 70. 1. 335.

(5) Cass., 19 avril 1865, précité.

(6) Laurent, VII, n. 346.

en sens inverse, les tribunaux ont le droit de prescrire la destruction d'ouvrages abusifs, établis par les riverains, sans autorisation préalable de l'administration, ou sans avoir acquis le droit de les maintenir par titre ou par prescription (1).

867. Il appartient à tous les riverains, que le ruisseau borde ou traverse leur propriété, de soumettre leurs contestations au pouvoir modérateur que l'art. 645 confère aux tribunaux. La demande tendant à un règlement d'eau peut être dirigée contre tous les coriverains d'un même ruisseau et même contre les riverains des affluents ; en effet, aux termes de l'art. 645, les tribunaux exercent leur mission modératrice toutes les fois qu'une contestation s'élève entre les propriétaires « auxquels les eaux courantes peuvent être utiles » : — or les eaux des affluents sont utiles, sans aucun doute, au fonds qu'arrose le bras principal ; du reste il est souvent difficile géographiquement de déterminer, parmi les différentes branches d'une rivière, celle qui est la branche principale de celles qui ne sont que des affluents (2).

La qualité de riverain est suffisante pour demander un règlement d'eau, mais elle est aussi tout à fait nécessaire et l'action ne pourrait être introduite par un propriétaire dont le fonds serait séparé du cours d'eau par un chemin public (3).

Par ailleurs, le pouvoir discrétionnaire des tribunaux ne s'exerce ni sur les eaux de source, tant qu'elles coulent sur le fonds où elles ont pris naissance (4), ni sur les eaux pluviales (5), ni sur celles d'un étang (6), ni sur les cours d'eau artificiels (7). En d'autres termes, la sphère d'application de l'art. 645 est la même que celle de l'art. 644.

868. Les règlements d'eau émanés des tribunaux n'ont,

(1) V. *infra*, n. 872.

(2) Cass., 3 déc. 1845, S., 46. 1. 211, D., 46. 1. 28. — Aubry et Rau, III, § 246, p. 57 ; Demolombe, XI, n. 197 ; Laurent, VII, n. 341.

(3) Toulouse, 26 nov. 1832, S., 33. 2. 572.

(4) Cass., 29 janv. 1840, D. *Rép.*, v° *Servitudes*, n. 114. — Pau, 2 mai 1857, S., 58. 2. 181, D., 57. 2. 139. — Laurent, VII, n. 343. — A moins que les eaux de la source n'aient le caractère d'eaux publiques et courantes.

(5) Colmar, 24 août 1850, D., 55. 2. 181. — Même restriction que pour les eaux de source.

(6) Cass., 29 juin 1814, D. *Rép.*, v° *Eaux*, n. 269.

(7) Cass., 15 avril 1845, S., 45. 1. 585, D., 45. 1. 255,

comme toutes les décisions judiciaires, qu'une autorité relative. Ils ne sauraient donc être opposés qu'à ceux qui étaient parties en cause (arg. art. 1351). De là il résulte que la prudence commande aux riverains qui veulent obtenir un règlement d'eau, de mettre en cause tous ceux qui peuvent avoir intérêt à contester plus tard ce règlement.

Mais cette mise en cause n'est pas obligatoire; le tribunal peut user du pouvoir que lui confère l'art. 645, alors que tous les riverains ne sont pas liés à la procédure; il doit statuer alors dans l'unique intérêt des parties présentes au procès: même, à notre avis, il ne pourrait se refuser à statuer, sous prétexte que tous les ayant droit ne seraient pas en cause ni par cette raison que le volume d'eau débité par la rivière ne serait pas connu. Certes le juge doit avoir le légitime souci de s'entourer des renseignements utiles, avant de rendre sa sentence; à cet effet, il prescrira les mesures d'instruction nécessaires pour connaître l'état de la rivière, la situation de tous les riverains et aboutir à une répartition équitable; mais là s'arrête sa mission et peu lui importe que les autres intéressés introduisent plus tard une action nouvelle, si, n'ayant pas été parties au procès, le règlement intervenu ne leur est pas opposable (1).

869. D'un autre côté, les règlements d'eau faits par la justice ne sont pas immuables, même entre les parties qui y sont représentées : ils sont susceptibles d'être modifiés suivant les circonstances, sur la demande des intéressés.

Ces règlements n'ont donc jamais, à ce point de vue, force de chose irrévocablement jugée : la raison en est simple : les faits qui ont motivé le premier règlement sont susceptibles de changer, de faire apparaître des besoins nouveaux et de rendre nécessaire une autre réglementation (2).

Nous verrons plus tard comment les règlements émanés

(1) Cass., 18 déc. 1865, S., 66. 1. 55, D., 66. 1. 255; 5 juill. 1881, S., 83. 1. 463. — Aubry et Rau, III, § 246, p. 57; Laurent, VII, n. 342. — *Contra* Cass., 25 nov. 1857, S., 58. 1. 455, D., 58. 1. 86.

(2) Cass., 11 mars 1867, S., 67. 1. 352; 29 mai 1876, S., 76. 1. 304, D., 77. 1. 78; 16 juin 1884, S., 84. 1. 341, D., 85. 1. 131; 17 mai 1893, D., 93. 1. 348, S., 93. 1. 360.

de l'autorité judiciaire peuvent être modifiés par un règlement administratif (1).

870. Le pouvoir discrétionnaire, que la loi donne en principe au tribunal civil pour régler les droits respectifs des riverains, reçoit deux limitations.

1° Le juge doit respecter les *règlements particuliers,* expression qui fait sans doute allusion aux règlements émanant des riverains eux-mêmes, et par lesquels ils ont déterminé, d'un commun accord, leurs droits respectifs. Ici, comme partout, la convention fait la loi des parties, et le juge, loin de la violer, doit au contraire la faire respecter et en assurer l'exécution.

L'expression « règlements particuliers » a le tort d'être équivoque et elle paraît, d'ailleurs, surabondante. En effet, ou bien elle doit être entendue dans le sens de conventions intervenues entre les riverains et alors elle devrait se confondre avec ce qui est dit du *titre,* dont le respect s'impose aux tribunaux, ou bien ces règlements particuliers sont d'ordre administratif et ils ont le même caractère que les règlements locaux. Toutefois, la cour de cassation, dans une théorie un peu vague et qui n'est pas à l'abri de critiques, fait une place à part à ces règlements particuliers, en ce qui concerne la constatation et la preuve de leur existence. D'après la cour suprême, ces règlements résulteraient non seulement de titres certains, mais encore d'une longue possession susceptibles de faire présumer l'existence d'anciens usages relatifs à la répartition des eaux. Cette théorie n'a de valeur juridique que si la possession invoquée sert de base à une prescription utile ; il est difficile, en effet, d'assimiler de simples usages à une convention intervenue entre les riverains (2).

871. Le juge appelé à trancher une contestation entre deux riverains relativement à l'usage de l'eau, est tenu de respecter les droits qui seraient acquis à l'un d'eux par titre, par prescription ou par la destination du père de famille.

En effet, les droits que les riverains tiennent de l'art. 644 peuvent être modifiés par l'effet d'une convention ou par la

(1) V. *infra,* n. 863 s.

(2) Cpr. Cass., 16 fév. 1853, D., 54. 5. 700. — 16 mai 1876, S., 77. 1. 63, D., 77. 1. 78. — 26 juin 1876, S., 77. 1. 271, D., 77. 1. 227.

prescription ; au lieu d'une sorte d'indivision où tous les riverains ont les mêmes droits, on est en présence d'une situation différente ; l'un d'eux a, par exemple, renoncé à un droit d'usage sur les eaux en tout ou en partie au profit d'un autre riverain qui acquiert ainsi ce que perd le premier. Les tribunaux doivent respecter ces modifications. Le pouvoir discrétionnaire de l'art. 645 ne s'exerce que pour la réglementation et l'équilibre des droits que l'art. 644 confère également à chacun des riverains ; mais on doit maintenir et consacrer tous les droits que la convention ou la prescription ont fixés de manière précise (1).

Les riverains, sans aucun doute, sont libres de disposer entre eux, par conventions, de l'usage des eaux, et le contrat peut avoir pour objet la cession du droit d'usage tout entier, ou une restriction partielle à ce droit. Dans tous les cas, ces conventions ne sont opposables aux riverains qui ne les ont pas consenties, que dans la mesure où elles ne lèsent pas leurs droits propres ; mais elles sont obligatoires même pour les successeurs à titre particulier de ceux qui les ont acceptées (2).

Les tribunaux, contraints de respecter ces titres, conservent pourtant le droit de les interpréter, d'en préciser la portée et les conséquences, d'après l'intention probable des parties, de marquer les limites de leur effet, au-delà desquelles le juge recouvre le plein pouvoir de l'art. 645 (3).

Si la convention est capable de modifier les droits respectifs des riverains, logiquement il en doit être de même de la prescription ; sans doute le droit d'usage de l'art. 644 constitue une faculté légale, imprescriptible en ce sens qu'elle ne se perd pas par le non usage. Le riverain, par le seul fait d'une inaction prolongée pendant plus de trente ans, ne per-

(1) Cass., 19 déc. 1887, S., 88. 1. 149, D., 88. 1. 471 ; 23 mars 1891, D., 92. 1. 165, et 17 mai 1893 (deux arrêts) D., 93. 1. 348.

(2) Aubry et Rau, III, § 246, p. 52. — Cpr. Cass., 18 nov. 1845, S., 46. 1. 74. — Caen, 22 fév. 1857, S., 57. 2. 204.

(3) V. sur les conséquences que peut comporter cette cession de l'usage de l'eau, Cass., 18 avril 1854, D., 54. 1. 240 ; 30 juill. 1856, D., 56. 1. 294 ; 5 mai 1857, D., 57. 1. 297 ; 17 juin 1868, D., 69. 1. 12. — Colmar, 23 fév. 1853, D., 53. 2. 174. — Riom, 24 janv. 1856, D., 57. 2. 31.

drait pas la possibilité de réclamer ensuite l'exercice de son droit, alors même qu'un autre riverain en aurait profité pour utiliser les eaux dans une plus large mesure; ce dernier n'aurait ainsi qu'une possession précaire, insuffisante pour conduire à la prescription (1). Pour que les actes d'usage puissent permettre à l'un des riverains d'acquérir contre un autre un droit fondé sur la prescription, il faut que ces faits répondent aux conditions exigées par l'art. 2229 C. civ.; il faut un empiètement sur le droit voisin contre lequel on veut prescrire; il faut que, par une contradiction manifeste, on lui ait dénié l'exercice de la faculté légale contenue dans l'art. 644; si, malgré l'obstacle qu'on lui oppose, le riverain demeure dans l'inaction pendant plus de trente ans, on aura prescrit contre lui, dans la mesure même où la possession s'est affirmée, un droit d'usage sur les eaux (2).

Si l'on veut déterminer dans quels cas il y aura suffisante contradiction, une distinction devient nécessaire. Lorsqu'un riverain supérieur prétend prescrire à l'encontre du riverain inférieur, il suffit que, par des travaux apparents et permanents, il ait détourné, à son profit, un volume d'eau plus considérable que celui résultant de l'art. 644 et que les riverains inférieurs ne puissent user des eaux ainsi détournées. La contradiction, dans ce cas, résulte uniquement de travaux (3) qui peuvent être exécutés sur le fonds même de celui qui invoque la prescription (4). Il appartient, du reste, aux tribunaux d'apprécier en fait si les travaux constituent une contradiction assez caractérisée pour donner naissance à un usage des eaux, exclusif du droit des riverains inférieurs. Lorsque, dans la seconde hypothèse, la prescription est invo-

(1) Caen, 16 déc. 1876, D., 77. 2. 19. — Lyon, 26 janv. 1881, D., 82. 2. 16. — Bordeaux, 23 mai 1893, D., 94. 1. 55.

(2) Cass., 11 janvier 1881, S., 81. 1. 194, D., 81. 1. 134; 5 juillet 1881, D., 81. 1. 462; 25 oct. 1887, D., 88. 1. 106; 28 fév. 1888, D., 89. 1. 23. — Bourges, 29 janvier 1872, S., 72. 2. 187. — Lyon, 26 janvier 1881, S., 82. 2. 204, D., 82. 2. 16. — Limoges, 29 fév. 1888, D., 89. 2. 213. — Aubry et Rau, III, § 246, p. 53; Demolombe, XI, n. 177 s.; Laurent, VII, n. 308 s.

(3) Cass., 11 mai 1868, S., 68. 1. 285, D., 69. 1. 468; 13 juill. 1869, S., 70. 1. 112, D., 71. 1. 139; 11 janv. 1881, précité. — Pau, 27 mai 1861, S., 61. 2. 624, D., 61. 2. 183.

(4) Cass., 11 janv. 1881, précité.

quée par un riverain inférieur, celui-ci ne saurait uniquement se prévaloir de travaux effectués sur son fonds (1), puisque ces travaux n'empêchent pas les riverains supérieurs d'user de l'eau à leur guise (2). La contradiction devra être formulée dans un acte judiciaire ou extrajudiciaire, impliquant de la part de l'auteur des travaux la prétention de s'opposer à l'exercice des droits que les riverains supérieurs puisent dans l'art. 644. On cite souvent l'action possessoire comme l'exemple de la contradiction la plus formelle ; du jour où la complainte aurait maintenu en possession le riverain inférieur, les autres seraient mis en demeure de faire valoir leur droit au pétitoire; mais le succès de l'action possessoire suppose déjà une possession d'une année au moins et, dans le cas de complainte, une possession de même nature que celle conduisant à la prescription trentenaire; elle doit donc s'appuyer elle-même sur une contradiction antérieure (3), c'est-à-dire sur une défense formelle faite au propriétaire supérieur (4).

Quant à l'étendue du droit prescrit, c'est une question de fait ; conformément à l'adage *tantum prescriptum, quantum possessum*, on devra examiner les actes d'usage constitutifs de la possession.

Sous les conditions indiquées, la prescription pourrait profiter aussi à des tiers non riverains (5).

La destination du père de famille, enfin, permettra encore à l'un des riverains d'acquérir un droit de servitude à l'encontre d'un autre riverain (6).

872. 3° Le tribunal doit respecter les *règlements locaux*,

(1) Des travaux exécutés sur le fonds supérieur seraient suffisants. Cass., 24 janv. 1888, D., 88. 1. 246.

(2) Si, par suite de certaines circonstances, il en était autrement, il suffirait d'ouvrages extérieurs et apparents, établis par le propriétaire du fonds dominant sur son propre fonds; les conditions de l'art. 642 ne seraient pas alors applicables. Cass., 7 juin 1901, D., 02. 1. 79, S., 01. 1. 496.

(3) Cpr. cep. Cass., 20 mars 1860, S., 61. 1. 54, D., 69. 1. 165; 4 août 1873, S., 73. 1. 389; 7 nov. 1876, S., 78. 1. 105 et autres arrêts rapportés dans le code civil annoté de Fuzier-Herman, sur l'art. 644, n. 189.

(4) Aubry et Rau, III, § 246, p. 54; Laurent, VII, n. 309.

(5) Cass., 26 fév. 1844, S., 44. 1. 779. — Bourges, 7 août 1835, S., 37. 1. 493. — Cpr. Lyon, 13 déc. 1854, S., 56. 2. 41, D., 56. 2. 284.

(6) Cass., 19 déc. 1887, D., 88. 1. 471.

c'est-à-dire ceux qui émanent de l'administration. L'intervention de l'autorité administrative en cette matière est fondée non seulement sur l'art. 645, mais encore sur divers textes législatifs qui donnent à l'administration préfectorale le droit de faire des règlements sur les cours d'eau non navigables (1).

L'administration prend des mesures destinées à faciliter le libre écoulement des eaux, de façon à prévenir tous dommages, par exemple dans le cas où des ouvrages d'art établis sur les rives donneraient aux eaux une trop grande élévation. Ainsi l'administration fixe la hauteur des retenues d'eaux (2), elle ordonne la suppression des barrages gênants, fait défendre d'en établir d'autres à l'avenir ou détermine les conditions de ceux qu'elle autorise (3). Compétente pour régler la hauteur des eaux, il lui appartient, au besoin, de prescrire les travaux nécessaires pour empêcher les eaux de dépasser le niveau déterminé ; et, lorsqu'elle ordonne ainsi l'exécution de travaux indispensables à l'aménagement des eaux, elle a, en principe, le droit de désigner les riverains auxquels incombent les frais de construction et d'entretien (4). L'administration est en outre chargée *de diriger les eaux vers un but d'utilité générale, d'après les principes de l'irrigation* (loi des 12-20 août 1790) ; par suite, les règlements administratifs peuvent avoir pour objet d'assurer, dans l'intérêt général, un meilleur mode de jouissance ou de distribution des eaux entre les divers riverains ; mais les règlements ne visent pas seulement l'intérêt de l'agriculture et les besoins de l'irrigation, ils sauvegardent aussi l'intérêt de l'industrie et déterminent le régime des usines et des moulins établis sur la rivière

(1) La matière est aujourd'hui régie par les art. 8 s. de la loi du 8 avril 1898 ; en principe il faut un décret rendu après enquête dans la forme ordinaire des règlements d'administration publique pour fixer le régime général des cours d'eau (art. 9). Le préfet statue après enquête sur certaines demandes énumérées dans l'art. 12 ; c'est lui qui accorde les autorisations individuelles. La police municipale conserve le droit de prendre un arrêté en vue de la sûreté et de la salubrité publiques. Cass., 16 oct. 1835, D. *Rép.*, v° *Commune*, n. 1015. — Cass., 25 mars 1865, D., 65. 1. 398 ; 8 déc. 1865, D., 69. 5. 336.

(2) Cass., 4 juin 1834, S., 35. 1. 669. — Conseil d'Etat, 14 janv. 1856, S., 56. 2. 647, D., 57. 3. 16.

(3) Cass., 21 juill. 1882, S., 83. 1. 334, D., 83. 1. 322.

(4) Cons. d'Etat, 10 nov. 1882, S., 84. 3. 56, D., 84. 3. 19.

non navigable (1). Il ne suffit pas toutefois d'un motif quelconque d'intérêt public ; il faut au moins un motif conforme à la destination même de ce cours d'eau ; ainsi le règlement pris dans le seul intérêt de la navigation ne serait pas valable, car il serait en contradiction avec la situation légale du cours d'eau qui n'a pas été déclaré navigable (2). De même un règlement ne pourrait modifier ni la largeur, ni le régime d'un cours d'eau, dans le but de favoriser les projets d'une commune, désireuse d'établir une promenade le long de ce cours d'eau ; il ne s'agit plus ici, en effet, d'assurer le libre écoulement des eaux dans un but de police et d'utilité générale (3).

873. L'intervention de l'autorité administrative ne se conçoit, en principe, qu'à l'égard des eaux courantes auxquelles s'applique l'art. 644 : le préfet est sans pouvoir pour régler dans une propriété privée l'aménagement des eaux de source (4), ou pour ordonner la suppression d'un barrage établi pour élever le niveau de l'eau provenant de la source (5). Une observation analogue a été faite à propos des règlements judiciaires ; il importe toutefois de dire que la règle est moins absolue pour les règlements administratifs ; elle souffre une restriction relative aux canaux artificiels servant au roulement des usines ; bien que le canal soit la propriété privée de l'usinier, sa réglementation présente un but d'utilité générale qui suffit à motiver l'intervention de l'autorité administrative (6). Du reste, toutes les fois qu'à propos d'un règlement administratif une contestation s'élève sur la propriété d'un cours d'eau, le litige doit être tranché par l'autorité judiciaire (7).

(1) Cons. d'Etat, 16 déc. 1881, S., 83. 3. 43, D., 83. 5. 180.

(2) Cons. d'Etat, 12 mai 1847, S., 47. 2. 555, D., 47. 3. 172.

(3) Cons. d'Etat, 18 août 1856, S., 57. 2. 458, D., 57. 3. 19.

(4) Cons. d'Etat, 24 juin 1868, S., 69. 2. 186, D., 69. 3. 88. — Rouen, 20 août 1873, S., 74. 2. 21.

(5) Cons. d'Etat, 14 mars 1861, S., 61. 2. 365, D., 61. 3. 28.

(6) Cass., 2 mars 1868, S., 68. 1. 245, D., 68. 1. 153. — Cons. d'Etat, 24 janv. 1856, D., 57. 3. 16.

(7) Cons. d'Etat, 24 juin 1870, S., 72. 2. 212, D., 71. 3. 82 — L'administration ne doit se décider que par des motifs tirés de l'intérêt public ; il ne lui appartient pas de se constituer juge de l'étendue des droits conférés par le code civil aux riverains ; l'autorité judiciaire a seule compétence pour se prononcer sur ce point, Cons. d'Etat, 22 mars 1901, S., 03. 3. 73.

874. Pour apprécier la compétence exacte de l'autorité administrative, il faut encore la séparer nettement du rôle qui incombe à l'autorité judiciaire. Les tribunaux, eux aussi, nous le savons, rendent des règlements ayant pour résultat de fixer entre les riverains le mode de jouissance et de répartition des eaux. Il y a des objets communs aux deux sortes de règlements ; comment déterminer celle des deux autorités qui va statuer dans une circonstance donnée ? Le principe de la distinction est encore assez facile à formuler : l'autorité administrative intervient dans un but d'utilité générale ; les tribunaux règlent les contestations nées entre riverains sur leurs droits individuels ; mais l'application du principe reste très délicate ; les nombreux arrêts rendus à ce sujet en sont une preuve certaine (1). Il n'y a pas de critérium pratique : si l'on affirme que l'autorité judiciaire n'agit qu'après avoir été saisie par une demande des parties intéressées, tandis que l'administration intervient d'office, *proprio motu*, sans attendre qu'une réclamation lui soit soumise, il faut ajouter qu'en fait l'action administrative sera souvent mise en mouvement par la plainte d'un riverain et sur la sollicitation des intéressés ; l'administration, il est vrai, n'est pas tenue de répondre par un règlement, par une solution quelconque aux réclamations à elle adressées. D'un autre côté, on ne saurait affirmer que le règlement judiciaire intéresse seulement certains riverains, tandis que le règlement administratif a toujours une formule générale ; en effet, il arrive assez souvent que tous les riverains sont mis en cause dans un procès et que la décision intervenue est opposable à tous (2) ; en revanche, le règlement administratif revêt parfois la forme d'un arrêté individuel ; il reste vrai de dire que le règlement administratif est toujours susceptible de s'appliquer, dans l'avenir, à tous ceux des riverains qui se trouveront dans les conditions par lui prévues. En définitive, on est contraint de recourir à un exa-

(1) V. toutes les décisions signalées dans le code civil annoté de Fuzier-Herman, sur l'art. 649, n. 49-71.

(2) L'autorité judiciaire pourrait, à raison du grand nombre de riverains intéressés dans la question, se déclarer incompétente et laisser à l'autorité administrative le soin de faire le règlement. Cass., 21 janv. 1901, D., 01. 1. 336.

men minutieux des circonstances de fait : lorsque l'utilité générale est en cause, l'action de l'autorité administrative se justifie, mais cette action doit cesser dès qu'on est en présence d'un litige, dès qu'il s'agit de limiter les droits respectifs des particuliers. Les décisions que prendrait l'administration pour statuer sur les contestations d'intérêt privé seraient entachées d'excès de pouvoir et on pourrait en demander l'annulation par la voie contentieuse (1). Au contraire, le règlement administratif dicté par l'intérêt général et régulier en la forme, n'est pas susceptible d'être attaqué par la voie contentieuse, alors même qu'il froisserait certains intérêts privés ; une seule ressource subsiste alors : solliciter par un recours gracieux la modification du règlement administratif (2).

875. Des différences essentielles séparent le règlement administratif et le règlement judiciaire.

Le premier s'impose au respect de l'autorité judiciaire, qui ne saurait en méconnaître la teneur dans ses décisions ; au contraire, le règlement judiciaire ne s'impose pas à l'administration ; celle-ci, sans doute, ne doit pas directement toucher aux sentences émanées des tribunaux, mais elle n'est pas entravée dans son action par une décision de justice. Lorsque le tribunal a fait un règlement d'eau pour mettre fin à une contestation privée, l'administration, ayant en vue l'intérêt général, reste libre d'édicter, comme il lui plaît, un règlement administratif obligatoire pour ceux-là mêmes qui étaient parties au procès. Dans leurs décisions, au contraire, les tribunaux, avons-nous dit, doivent respecter le règlement administratif et le pouvoir discrétionnaire que leur confère l'art. 645 s'arrête devant les prescriptions dictées par l'intérêt public. Par ailleurs, conformément aux principes généraux, les tribunaux n'ont pas qualité pour interpréter les règlements administratifs, lorsque le sens de ces actes est douteux et sérieusement contesté, et il ne dépend pas des juges de

(1) Aubry et Rau, III, § 247, p. 61. — Cons. d'Etat, 14 juin 1852, S., 52. 2. 698 ; 20 juillet 1860, S., 60. 1. 502 ; 15 avril 1866, S., 67. 2. 204 ; 22 mars 1901, S., 03. 3. 73.

(2) Cons. d'Etat, 23 août 1836, S., 37. 2. 43 ; 27 mars 1896, D., 97. 3. 45 ; 9 février 1900, D., 01. 3. 50.

se soustraire à cette règle en appliquant comme clairs et précis des règlements, à propos desquels ils sont obligés de rechercher l'intention de celui qui les a rendus (1). Les tribunaux, chargés seulement d'appliquer ces actes, décident les contestations que soulève leur exécution et ils ne sont pas tenus de s'arrêter devant les difficultés d'interprétation que l'une des parties en cause fait naître sans motif sérieux (2).

Les règlements judiciaires sont encore tenus de respecter les droits acquis par titre ou par prescription et, d'autre part, la situation qu'ils ont créée est susceptible de se modifier grâce à des conventions, grâce aussi à la prescription ; le règlement administratif est doué d'une énergie plus puissante; il a force de loi et les conventions contraires à l'intérêt général qu'il a pour but de sauvegarder sont nulles; les riverains ne sauraient donc acquérir par prescription un droit impliquant une dérogation à des règles fondées sur l'intérêt public (3). Bien plus, le pouvoir réglementaire de l'administration ne trouve ni obstacle, ni limite dans les droits que les riverains exercent soit en vertu de titres, soit par suite d'une possession suffisante pour la prescription; les droits individuels doivent s'incliner devant l'intérêt public, puisqu'ils ont pour objet des choses soumises, par leur nature, dans un but d'utilité générale, à l'intervention de l'autorité administrative. La jurisprudence a traduit cette idée en disant que l'acte administratif a pour effet de mettre un terme à tout droit antérieur de propriété et d'usage réclamé par les riverains (4), ou bien encore en affirmant que les règlements administratifs devenus la loi des riverains se substituent de plein droit à tous les modes de jouissance exercés jusque-là en vertu d'un titre ou en vertu d'une ancienne possession (5). Toutefois, il demeure certain que l'administration ne porte atteinte aux droits acquis que dans la mesure où ces droits sont inconciliables

(1) Cass., 5 juillet 1881, S., 83. 1. 463.

(2) Cass., 26 juillet 1881, S., 82. 1. 210.

(3) Cass., 24 juin 1841, S., 41. 1. 845; 3 août 1863, S., 63. 1. 413, D., 64. 1. 43; 8 mars 1868, D., 68. 1. 153. — Bordeaux, 8 mai 1850, S., 51. 2. 200, D., 52. 2. 170.

(4) Cass., 21 février 1879, S., 80. 1. 45, D., 79. 1. 377.

(5) Cass., 3 août 1863, S., 63. 1. 413, D., 64. 1. 43, D., 64. 1. 43.

avec les mesures prises dans l'intérêt général ; les droits individuels sont supposés maintenus, tant qu'ils ne sont pas contraires à l'intérêt public (1).

876. Le riverain auquel l'application d'un règlement administratif enlève l'exercice d'un droit acquis, ne saurait, sur ce motif, demander par voie contentieuse l'annulation du règlement, ainsi qu'il a été dit, ni intenter une action possessoire contre l'administration (2), ni réclamer des dommages-intérêts à l'Etat (3). Mais pourrait-il exiger une indemnité d'un riverain favorisé par le même règlement ? Les avantages que l'administration enlève aux uns, en retour de ceux qu'elle accorde à d'autres, peuvent-ils servir de fondement à une action privée et autoriser les riverains lésés à se faire rembourser par ceux dont la situation est améliorée ? Certains arrêts consacrent une solution affirmative (4) ; pourtant la lésion causée n'est pas le fait des propriétaires avantagés ; tous les riverains sont soumis aux effets du règlement ; il ne suffit pas qu'un préjudice existe, pour qu'on en puisse demander réparation à celui qui n'est pas l'auteur du fait dommageable, quel que soit le profit qu'il en retire indirectement (5).

877. Enfin il importe d'établir une distinction entre les règlements administratifs rendus dans un but d'utilité générale et les simples concessions ou autorisations accordées sur la demande des particuliers dans un intérêt privé. Dans ce dernier cas l'administration se contente d'assurer l'exercice d'un droit individuel : dans la crainte de porter atteinte à l'intérêt général et de recevoir plus tard l'ordre de détruire les travaux qu'il a l'intention d'exécuter, ou bien dans le but de se conformer aux prescriptions d'un règlement qui exige pour certains travaux une permission préalable, un riverain demande à l'administration d'autoriser son entreprise. Ces concessions ou autorisations, toujours révocables, ne donnent,

(1) Laurent, VII, n. 326. — Rouen, 13 déc. 1824, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 333.
(2) Cass., 24 juin 1841 et 3 août 1863, précités.
(3) Laurent, VII, n. 322 et 327.
(4) Douai, 13 juillet 1855, S., 57. 2. 59. — Agen, 24 juillet 1865, S., 66. 2. 113, D., 65. 2. 189. — Aubry et Rau, III, § 246, p. 60.
(5) Laurent, VII, n. 327.

en général, aux riverains aucun droit contre l'administration (1); comme elles sont, par ailleurs, accordées sous la réserve des droits des tiers (2), les riverains lésés par l'exécution des travaux peuvent, malgré l'autorisation, réclamer des dommages-intérêts; ce n'est pas le fait de l'administration qui est la cause directe du préjudice; le dommage résulte des travaux entrepris sur l'initiative d'un particulier. L'action en dommages-intérêts est très certainement recevable (3), mais est-il permis de conclure à la suppression des travaux, et les tribunaux sont-ils libres de l'ordonner? La jurisprudence l'admet (4) et sa solution est très acceptable; l'autorisation, en effet, n'a guère que la valeur d'une formalité administrative; elle est conditionnelle, puisque les droits des tiers sont toujours réservés, et son efficacité reste subordonnée à l'obligation, pour le riverain, de ne causer aucun préjudice aux autres propriétaires et à l'appréciation du tribunal sur le meilleur moyen de réparer ce préjudice. Il y a donc une très sensible différence entre les travaux simplement autorisés dans l'intérêt particulier des riverains et ceux prescrits dans l'intérêt public par règlements administratifs (5).

Lorsque l'on pose la règle d'après laquelle les concessions ne donnent aucun droit aux concessionnaires, il faut y ajouter une restriction; elle n'est vraie que des concessions posté-

(1) L'art. 14 de la loi du 8 avril 1898 distingue d'après le motif qui a entraîné le retrait de l'autorisation. Ce texte est ainsi conçu : « Les permissions peuvent être révoquées ou modifiées sans indemnité, soit dans l'intérêt de la salubrité publique, soit pour prévenir ou faire cesser les inondations, soit enfin dans le cas de la réglementation générale prévue par l'art. 9. — Dans tous les autres cas, elles ne peuvent être révoquées ou modifiées que moyennant indemnité ».

(2) Art. 17, loi du 8 avril 1898.

(3) Cass., 16 avril 1873, S., 73. 1. 130, D., 73. 1. 376; 26 juin 1876, S., 77. 1. 271, D., 76. 1. 227; 23 juillet 1879, S., 80. 1. 172, D., 80. 1. 127; 19 mars 1890, D., 90. 1. 360.

(4) Trib. conflits, 26 déc. 1874, S., 75. 2. 151, D., 75. 3. 82. — Cass., 10 mars 1879, D., 80. 1. 31. — Amiens, 25 février 1875, S., 75. 2. 161. — Les travaux préparatoires de la loi du 8 avril 1898 démontrent que l'on a voulu maintenir cette jurisprudence. — V. notamment Sénat, séance du 23 juin 1883. — Graux et Renard, *Commentaire de la loi de 1898, Lois nouvelles*, p. 558. — L'art. 13 de la loi du 8 avril 1898 accorde en outre aux parties intéressées la faculté, que la jurisprudence administrative avait fini par reconnaître, d'attaquer devant le conseil d'Etat l'arrêté préfectoral qui accorde une autorisation individuelle.

(5) Demolombe, XI, n. 193. — *Contra* Aubry et Rau, III, § 246, p. 55.

rieures à 1789. Quant à celles accordées avant cette époque à des particuliers, soit par le souverain, soit par les seigneurs, elles équivalaient à de véritables titres constitutifs de droits, dont le respect s'impose encore aux riverains, aussi bien qu'aux tribunaux chargés de faire un règlement d'eau [1]. Même on présume que les usines et les moulins qui remontent à plus de trente ans avant 1789 ont été établis en vertu de semblables concessions ; on ne pourrait, toutefois, opposer comme équivalant à un titre de ce genre l'existence d'anciens moulins demeurés en la possession des seigneurs eux-mêmes jusqu'aux lois abolitives de la féodalité [2].

§ V. *Servitudes relatives à l'irrigation et à l'écoulement des eaux.*

878. Deux lois postérieures au code civil sont venues compléter les dispositions de ce code relatives au droit d'irrigation. La première, en date du 29 avril 1845, est intitulée : *Loi sur les irrigations*. Elle crée la servitude dite *d'aqueduc*. La seconde, du 11 juillet 1847, établit la servitude *d'appui*. Une troisième loi comble une lacune importante, que présentait le code civil, en donnant les moyens pratiques de réaliser l'opération connue sons le nom de *drainage :* c'est la loi du 10 juin 1854. Nous devons entrer dans quelques détails sur ces dispositions législatives, qui ont un lien étroit avec le code civil.

A. *Servitude d'aqueduc.*

879. Les travaux que l'on exécute pour conduire l'eau d'un point à un autre, portent le nom d'*aqueduc*, de *aquam ducere*. La servitude d'aqueduc consiste dans le droit, qui appartient au propriétaire d'un fonds, d'avoir un aqueduc sur un autre fonds appartenant à un autre propriétaire. Ce dernier est obligé de souffrir les travaux nécessaires pour l'établissement

[1] Cass., 19 juillet 1830, S., 34. 1. 618 ; 10 avril 1838, S., 38. 1. 842 ; 9 août 1843, S., 44. 1. 6. — Bordeaux, 13 juin 1849, S., 49. 2. 544. — Grenoble, 7 août 1901, D., 02. 2. 225. — Décrets en Conseil d'Etat des 22 et 29 novembre 1851, S., 52. 2. 157 et 159. — *Sic* Aubry et Rau, III, § 246, p. 54, texte et note 39. — Cpr. cependant Paris, 9 mai 1900, *Le Droit*, 1er juin 1900.

[2] Cass., 21 juill. 1834, S., 34. 1. 615. — Aubry et Rau, *loc. cit.*

de l'aqueduc, et de le laisser fonctionner une fois qu'il est établi.

880. Souvent un propriétaire ne peut utiliser, pour l'irrigation de ses propriétés, l'eau dont il a le droit de disposer, qu'à la condition de faire passer cette eau par des héritages intermédiaires qui la séparent des propriétés à irriguer. Ainsi je suis propriétaire de deux fonds, le fonds A et le fonds B, séparés par des héritages intermédiaires : j'ai une source dans le fonds A, et je voudrais employer l'eau qu'elle fournit à arroser le fonds B. Il est clair que je ne puis y parvenir qu'en faisant passer l'eau sur les fonds intermédiaires.

Sous l'empire du code civil, le droit d'aqueduc ne pouvait être obtenu qu'au moyen d'un arrangement amiable avec les propriétaires des héritages intermédiaires, de sorte que leur résistance, ou même la résistance d'un seul, s'il y en avait plusieurs, pouvait paralyser l'exercice du droit d'irrigation, au grand préjudice de l'agriculture et par suite de la société tout entière, qui est intéressée à sa prospérité.

La loi du 29 avril 1845 a changé cet état de choses : elle permet au propriétaire qui a besoin d'un passage sur les fonds d'autrui, pour les eaux qu'il destine à l'irrigation de ses propriétés, d'obtenir de la justice ce qu'il ne peut obtenir par le moyen d'un arrangement amiable. Aux termes de l'art. 1 de la loi : « *Tout propriétaire qui voudra se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, pourra obtenir le passage de ces eaux sur les fonds intermédiaires, à la charge d'une juste et préalable indemnité. — Sont exceptés de cette servitude les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations* ».

= *Des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer.* Ce texte est conçu dans les termes les plus généraux. Peu importe donc qu'il s'agisse des eaux d'un puits artésien (eaux *artificielles*) ou des eaux d'une source, d'un lac, d'un étang, d'un réservoir quelconque (eaux *naturelles*) (1).

(1) Peu importent la nature et la provenance des eaux; ainsi la servitude s'applique aux eaux des égouts. Paris, 29 janv. 1878, D., 79. 2. 251. — V. aussi Orléans, 27 nov. 1885, D., 86. 2. 251.

La servitude s'applique aussi à l'égard des eaux pluviales dont on a la libre disposition, que ces eaux tombent directement sur le fonds du propriétaire, qu'elles proviennent des fonds supérieurs par suite de l'écoulement naturel, ou qu'elles aient été dérivées de la voie publique (1).

Le propriétaire du fonds à irriguer peut solliciter l'établissement de la servitude, mais l'action ne pourrait être intentée par le fermier. Quant à l'usufruitier, bien que son droit soit temporaire, il a cependant plus d'étendue que celui du fermier; il a tout le domaine utile de la propriété et lui refuser le bénéfice de la servitude d'aqueduc serait une interprétation trop étroite du texte (2).

881. Pour obtenir la servitude d'aqueduc, il faut bien évidemment que le propriétaire ait le droit de disposer des eaux qu'il veut faire servir à l'irrigation (3). Le propriétaire d'une source, d'un réservoir, d'un étang remplit cette condition; il en est de même de celui qui a droit aux eaux d'une rivière par application des art. 644 et 645. Avant la loi de 1845, il y avait controverse sur le point de savoir si le propriétaire riverain d'une eau courante ne formant pas une dépendance du domaine public pouvait employer cette eau à l'irrigation d'une autre propriété non riveraine. La question était en général résolue dans le sens de la négative (4). Elle doit l'être aujourd'hui en sens contraire. Cela résulte de la généralité du texte de notre art. 1, et plus encore des explications qui ont été données lors de la confection de la loi (5). Si l'on admet cette solution, il en résulte que le propriétaire riverain pourrait obtenir le droit d'établir un aqueduc sur les fonds intermédiaires, pour conduire l'eau à la propriété

(1) Cass., 9 fév. 1857, S., 59. 1. 500, D., 57. 1. 225. — Agen, 7 fév. 1856, S., 56. 2. 118, D., 56. 2. 57. — Bordeaux, 1er août 1864, S., 64. 2. 286. — Aubry et Rau, III, § 241, p. 14; Demolombe, XI, n. 206.

(2) Demolombe, XI, n. 205. — *Contra* Aubry et Rau, III, § 241, p. 14, note 4.

(3) Bourges, 25 mai 1891, D., 92. 2. 341. — Le droit ne peut, en principe, être utilisé par le riverain que pour les fonds situés sur la rive longée par le cours d'eau. Bastia, 14 février 1898, D., 98. 2. 440.

(4) Proudhon, *Domaine public*, IV, n. 1426; Duranton, V, n. 235; Daviel, II, n. 587.

(5) V. Rapport de M. Dalloz à la Chambre des députés, Sirey, *Lois annotées*, 1845, p. 32, col. 1.

plus éloignée qu'il veut irriguer. C'est le cas dans lequel notre article reçoit le plus fréquemment son application (1).

882. Le riverain, empêché par l'escarpement des berges de pratiquer sur son propre fonds la prise d'eau nécessaire à l'irrigation, ne serait pas autorisé à invoquer la loi de 1845 pour demander l'établissement d'une prise d'eau sur le fonds d'autrui et obtenir ensuite la servitude d'aqueduc (2). Mais si le riverain avait, à l'amiable, obtenu un droit de prise d'eau il pourrait alors utiliser la servitude d'aqueduc de la loi de 1845, pour amener l'eau sur son propre fonds.

En pareil cas, en effet, sa situation est identique à celle d'un tiers non voisin de la rivière, auquel un riverain aurait cédé l'usage de l'eau (3); de pareilles concessions sont valables, on le sait (4), et les tiers qui en bénéficient remplissent, par suite, la condition voulue pour invoquer l'art. 1 de notre loi. La cour de cassation, consacrant cette solution, a jugé, par un arrêt en date du 29 mai 1877 (5), qu'un propriétaire non riverain d'un ruisseau peut réclamer la servitude d'aqueduc pour en conduire l'eau dans une propriété qu'il veut irriguer, lorsqu'il possède à titre quelconque le droit de disposer de l'eau pour cet usage. La loi de 1845 ne limite pas sa faveur aux propriétaires riverains, et ce serait ajouter à son texte que d'exiger cette condition (6).

Si des doutes ont pu naître sur la validité des cessions consenties par les riverains, on a toujours admis sans hésitation que le propriétaire d'une source, d'un étang, d'un canal particulier pourrait en tout ou en partie transférer à un tiers le droit de disposer des eaux et lui permettre ainsi d'invoquer encore le bénéfice de la loi de 1845 pour la conduite de ces eaux.

(1) Cass., 17 janv. 1888, S., 88. 1. 149, D., 88. 1. 75. — Lyon, 15 février 1865, S., 66. 2. 18. — Aubry et Rau, III, § 251, p. 14, texte et note 5; Demolombe, XI, n. 210; Demante, II, n. 498 *bis*, III.

(2) Cass., 15 nov. 1854, S., 55. 1. 446, D., 55. 1. 78. — Montpellier, 17 fév. 1852, S., 53. 2. 17, D., 54. 2. 210. — Angers, 7 déc. 1853, S., 54. 2. 337.

(3) Cpr. Nîmes, 24 août 1875, sous Cass., 14 juill. 1875, S., 76. 1. 470. — Lyon, 26 janv. 1881, S., 82. 2. 204, D., 82. 2. 16.

(4) V. *supra*, n. 853.

(5) Cass., 29 mai 1877, S., 78. 1. 30, D., 77. 1. 425. — Paris, 29 janv. 1878, D., 79. 2. 254.

(6) V. aussi Cass., 14 juill. 1875, précité.

Que décider, à l'égard de ceux qui ont obtenu de l'administration la concession d'une prise d'eau sur une rivière navigable ou flottable? Lorsque le concessionnaire est propriétaire du fonds où la prise d'eau doit être établie, on lui accorde sans peine le droit d'invoquer les dispositions de la loi malgré le caractère précaire des concessions toujours révocables de l'administration; dans l'hypothèse où la prise d'eau ne doit pas s'opérer sur le fonds du concessionnaire, quelques auteurs lui refusent le bénéfice de la loi de 1845, sur ce motif que la prise d'eau va nécessiter certains travaux, imposer ainsi au propriétaire du fonds sur lequel ils seront établis une seconde servitude, venant s'ajouter à la servitude d'aqueduc seule prévue dans la loi (1). L'objection n'est pas exacte; la prise d'eau s'exerce, en réalité, sur la limite séparative du lit de la rivière et du fonds qui la borde; par elle-même ce n'est pas une servitude grevant le fonds; quant aux travaux, leur but est de conduire l'eau empruntée à la rivière sur les propriétés à irriguer; les ouvrages exécutés au point initial forment le commencement même de l'aqueduc (2).

883. Etablie dans l'intérêt de l'agriculture, la servitude d'aqueduc s'applique seulement aux eaux destinées à l'irrigation et non à celles employées pour les besoins industriels ou domestiques. On a cependant étendu son exercice à des eaux qui n'étaient pas exclusivement affectées à l'irrigation et servaient aussi au roulement d'une usine (3). Solution critiquable, car le tribunal serait facilement conduit à autoriser le passage d'un volume d'eau plus considérable que ne l'exigeraient les seuls besoins de l'irrigation; on arriverait, au moins *pro parte*, à permettre l'établissement de la servitude d'aqueduc dans un intérêt industriel.

D'ailleurs, lorsqu'il s'agit d'irrigation, on ne trouve pas d'obstacle de principe dans la nature physique des fonds à irriguer, ni dans le mode d'arrosage nécessaire (4).

(1) Demolombe, XI, n. 212; Ballot, *Rev. prat.*, 1858, V, p. 60 à 62.

(2) Aubry et Rau, III, § 241, p. 16, texte et note 9; de Parieu, *Rev. de lég.*, 1845, II, p. 5.

(3) Cass., 29 juin 1859, S., 59. 1. 766, D., 59. 1. 415. — Aubry et Rau, III, § 241, p. 17, note 10.

(4) Aubry et Rau, III, § 241, p. 17; Demolombe, XI, n. 205. — Cpr. Cass., 20 déc. 1853, S., 54. 1. 250.

884. La servitude d'aqueduc établie par notre article n'existe pas de plein droit. Faute d'un arrangement amiable, le propriétaire qui veut l'obtenir doit s'adresser à la justice. Celle-ci statue *cognita causa;* c'est-à-dire qu'elle n'est pas obligée d'accorder la servitude ; elle peut la refuser si elle estime que l'intérêt de l'agriculture n'exige pas ce sacrifice, si par exemple les terrains qu'il s'agit d'irriguer sont d'une étendue insignifiante. En revanche, si l'intérêt paraissait sérieux, la servitude pourrait être établie malgré la crainte d'inondations préjudiciables aux fonds intermédiaires (1). La loi ne dit pas que le propriétaire pourra exiger un passage ni même qu'il pourra le réclamer, comme le portait la rédaction primitive de la loi, mais bien qu'il pourra l'obtenir, ce qui donne à entendre qu'on peut le lui refuser (2).

Les tribunaux ont, en somme, un pouvoir discrétionnaire pour statuer sur l'établissement de la servitude et sur son mode d'exercice. Ce sont eux qui précisent le parcours de l'aqueduc, sans être tenus de suivre étroitement les prescriptions des art. 683 et 684 sur la servitude de passage pour enclave; ils fixent aussi les dimensions et la forme de l'aqueduc, le mode de canalisation à appliquer (à ciel ouvert ou non), la construction et l'entretien des ouvrages nécessaires ; ils peuvent laisser le choix à l'intéressé (3). Ils déterminent encore le volume d'eau que devra conduire l'aqueduc, sans être soumis aux règles des art. 644 et 645 ; les propriétaires intermédiaires, que grève la servitude, n'ont pas qualité pour critiquer sur ce point la décision du tribunal ; aux coriverains seuls il appartient d'invoquer les dispositions de l'art. 644 ; mais si aucune objection n'est élevée par eux, le tribunal reste libre de fixer le volume d'eau sans égard à l'étendue de la propriété riveraine et en considérant seulement les besoins du fonds à irriguer, l'intérêt de l'agriculture et l'état des propriétés intermédiaires (4).

(1) Lyon, 15 fév. 1865, S., 66. 2. 18.
(2) Pau, 21 nov. 1892, D., 93. 2. 149.
(3) Cass., 16 juin 1884, D., 85. 1. 151 ; 11 août 1880, D., 81. 1. 205.
(4) Cass., 8 nov. 1854, S., 55. 1. 49, D., 54. 1. 410. — Colmar, 9 avril 1861, S., 61. 2. 457, D., 61. 2. 178. — Riom, 20 août 1873, S., 74. 2. 21, D., 74. 2. 116.

885. L'établissement de la servitude d'aqueduc entraîne la concession de toutes les facultés accessoires, nécessaires à son exercice, comme le droit de passage pour les réparations et le curage. Mais le bénéficiaire de la servitude n'y trouve pas le droit de se rendre copropriétaire ou communiste, même pour l'usage seulement, d'un canal de conduite ou de tous autres travaux antérieurement établis pour le service de l'un des fonds intermédiaires [1].

886. Le droit de forcer les propriétaires des fonds intermédiaires à subir la servitude dont il s'agit constitue une sorte d'expropriation, que le législateur autorise parce qu'il y a un intérêt général en cause, l'intérêt de l'agriculture, mais qui en définitive profite principalement à un particulier. Aussi la loi impose-t-elle ici, comme en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, le paiement d'une juste et préalable indemnité [2].

L'indemnité proportionnée au dommage réel se règle non seulement sur la valeur du terrain occupé par l'aqueduc, mais aussi sur le préjudice qu'entraîne le fractionnement de la propriété. Elle doit consister en un capital payé avant la prise de possession et non en une redevance annuelle [3].

Malgré le paiement de l'indemnité préalable, des dommages-intérêts basés sur l'art. 1382 seront dus pour la réparation du préjudice que causeraient postérieurement l'irruption des eaux, la négligence du propriétaire de l'aqueduc.

Les propriétaires des fonds intermédiaires ne sont pas autorisés à se servir, pour l'irrigation de leurs fonds, des eaux transmises par l'aqueduc. On a, lors de la discussion de la loi, rejeté un amendement proposé dans le but de leur accorder cette faculté.

887. Souvent la propriété qui recevra l'eau amenée par l'aqueduc, ne l'absorbera pas en totalité. Sous peine de retirer d'une main au propriétaire ce qu'on lui accordait de l'autre, il fallait bien l'autoriser à écouler sur les terrains voisins

[1] Nîmes, 15 fév. 1855, S., 55. 2. 379, D., 56. 2. 72. — Trib. Belfort, 15 janvier 1861, sous Colmar, 9 avril 1861, précité.

[2] *supra*, n. 214.

[3] Rouen, 20 août 1873, précité. — Demolombe, XI, n. 225.

l'excédent de l'eau employée à l'irrigation. C'est ce qu'a fait l'art. 2 ainsi conçu : « *Les propriétaires des fonds inférieurs devront recevoir les eaux qui s'écouleront des terrains ainsi arrosés, sauf l'indemnité qui pourra leur être due. — Seront également exceptés de cette servitude les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations* ».

La loi dit « sauf indemnité qui pourra leur être due ». Ce langage est bien différent de celui de l'article précédent où on lit ces mots « moyennant une juste et préalable indemnité ». L'art. 2 n'accorde qu'hypothétiquement (1) l'indemnité que l'art. 1 alloue dans tous les cas, et par suite il n'en ordonne pas le paiement préalable. La raison en est qu'il y aura peut-être profit plutôt que perte pour les héritages voisins qui recevront l'eau ; il faut donc attendre les événements.

En effet, à la différence de ce qui vient d'être dit pour la servitude d'aqueduc, les propriétaires peuvent se servir des eaux qui s'écoulent sur leurs héritages et cet avantage doit, s'il y a lieu, être pris en considération pour le règlement de l'indemnité.

D'ailleurs, il serait difficile d'estimer l'importance du préjudice avant qu'il ne fût réalisé (2).

888. La servitude d'écoulement s'applique à toutes les eaux conduites sur le fonds en vertu de l'art. 1 ; peu importe que ces eaux soient ou non ramenées à leur cours primitif (3). Il faut, dans tous les cas, parachever l'utilité de la servitude d'aqueduc, empêcher la stagnation nuisible des eaux d'irrigation (4). Par contre, la servitude de l'art. 2 ne s'applique qu'aux eaux amenées dans les conditions prévues par l'art. 1 ; s'il s'agissait d'eaux arrivées naturellement, sans le fait de l'homme, on retomberait dans les prévisions de l'art. 640, et les différences qui séparent ce texte de l'art. 2 de notre loi

(1) L'indemnité ne sera accordée que si le préjudice existe. Cass., 21 fév. 1894, D., 94. 1. 271.

(2) *Contra* Aubry et Rau, III, § 241, p. 18, qui, tout en admettant que l'indemnité est facultative, affirment cependant que le paiement en doit être préalable.

(3) *Contra* Metz, 5 juin 1866, S., 67. 2. 228, D., 66. 2. 124.

(4) Aubry et Rau, III, § 241, p. 16 ; Laurent, VII, n. 392. — Cpr. Cass., 13 janv. 1868, D., 68. 1. 211.

sont nettement accusées. En dehors même de la question d'indemnité, la servitude d'écoulement de l'art. 2 n'existe pas de plein droit (1); le pouvoir discrétionnaire, que l'art. 4 de la loi de 1845 accorde aux tribunaux, reçoit ici une nouvelle application; si l'écoulement des eaux sur le fonds inférieur leur causait un préjudice trop considérable, les tribunaux seraient fondés à refuser l'établissement de la servitude (2). D'autre part, dans l'application de l'art. 640, les fonds assujettis sont naturellement désignés par l'écoulement naturel des eaux suivant la pente du terrain, tandis que, pour la servitude de la loi de 1845, les tribunaux désignent suivant les circonstances les propriétés qui doivent supporter le passage des eaux ayant servi à l'irrigation (art. 4). Enfin, dernière différence avec l'art. 640, le propriétaire qui invoque le bénéfice de l'art. 2 peut se voir contraint à exécuter dans les fonds inférieurs des travaux destinés à rendre moins nuisible l'exercice de la servitude.

L'art. 2 de la loi de 1845 se rapproche au contraire de la disposition contenue, depuis la loi de 1898, dans l'art. 641.

889. Aux termes des art. 1 et 2 de la loi de 1845, sont affranchis des servitudes créées, les maisons ou plus généralement les bâtiments, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations. L'exception s'étend aux servitudes établies soit en vertu de l'art. 3 de la même loi, soit par application de la loi du 10 juin 1854 sur le drainage (3). Les tribunaux apprécient suivant les circonstances les portions du sol qui doivent être considérées comme cours ou enclos. Du reste, comme l'exception n'est pas d'ordre public, un propriétaire (4) peut consentir à l'exercice de la servitude même sur les fonds en principe exemptés par les articles sus-visés (5). Les restrictions

(1) Cass., 1er fév. 1888, S., 90. 1. 410.

(2) *Contra* Aubry et Rau, III, § 241, p. 18, note 15. — Laurent, VII, n. 393 affirme que la servitude n'a pas lieu de plein droit, en ce sens qu'elle dépend de la servitude d'aqueduc, mais lorsque cette dernière a été établie, la servitude d'écoulement s'impose. — Le raisonnement n'est pas absolument exact; en effet, en permettant la création de la servitude d'aqueduc, les tribunaux ont le droit de l'organiser de telle sorte qu'il n'y ait pas à recourir à l'art. 2.

(3) V. *infra*, n. 886.

(4) Cass., 14 avril 1868, S., 68. 1. 287, D., 69. 1. 269.

(5) Cass., 3 août 1880, S., 82. 1. 472.

signalées, qui ont pour but d'empêcher que la servitude ne soit trop onéreuse pour certaines propriétés, doivent être maintenues en de justes limites; les propriétés de l'Etat, des communes, des établissements publics, des mineurs et des interdits, pas plus que celles placées sous le régime dotal ou grevées de substitutions ne rentrent dans l'exception. Mais, en dehors des prévisions du texte, les fonds du domaine public, tels que routes, rues, chemins vicinaux, sont affranchis, conformément aux principes généraux qui les régissent, des servitudes créées par les lois de 1845 et de 1854 (1).

Nous retrouverons un peu plus loin l'art. 3 de la loi de 1845; pour le surplus, il suffit de transcrire les dispositions contenues dans les art. 4 et 5.

ART. 4. *Les contestations auxquelles pourront donner lieu l'établissement de la servitude, la fixation du parcours de la conduite d'eau, de ses dimensions et de sa forme, et les indemnités dues, soit au propriétaire du fonds traversé, soit à celui du fonds qui recevra l'écoulement des eaux, seront portées devant les tribunaux, qui, en prononçant, devront concilier l'intérêt de l'opération avec le respect dû à la propriété. — Il sera procédé devant les tribunaux comme en matière sommaire, et, s'il y a lieu à expertise, il pourra n'être nommé qu'un seul expert* (2).

ART. 5. *Il n'est aucunement dérogé par les présentes dispositions aux lois qui règlent la police des eaux.*

B. *Servitude d'appui.*

890. Souvent il n'est possible d'utiliser l'eau courante pour l'irrigation qu'à la condition d'élever son niveau, pour qu'elle coule par la pente naturelle du terrain, et en suivant la voie qu'on lui ouvre, sur les héritages à irriguer. On obtient cette élévation à l'aide d'un barrage dans le lit du cours d'eau. Ce barrage s'effectue au moyen d'ouvrages qui doivent nécessairement être appuyés sur les deux rives; car il n'est efficace qu'à la condition d'intercepter le cours d'eau dans toute sa

(1) Limoges, 1er mars 1881, S., 81. 2. 84.

(2) C'est le tribunal civil qui est compétent pour statuer sur l'application de la loi de 1845. Montpellier, 30 juin 1898, D., 01. 2. 193.

largeur. Sous l'empire du code civil, celui dont la propriété était traversée par l'eau courante, et qui par conséquent était propriétaire des rives, n'éprouvait pas d'embarras pour établir le barrage dont il vient d'être parlé. Mais il n'en était pas de même du propriétaire riverain d'un seul côté : il ne pouvait appuyer aucun ouvrage sur la rive opposée qu'avec le consentement du propriétaire de cette rive, et le refus de celui-ci pouvait le mettre dans l'impossibilité d'effectuer le barrage, et par suite de se servir des eaux pour l'irrigation. Cet état de choses, fâcheux pour l'agriculture, a été modifié par la loi du 11 juillet 1847, intitulée comme la précédente : *Loi sur les irrigations,* qui est venue créer la servitude d'appui. Aux termes de l'art. 1 de cette loi : « *Tout propriétaire qui voudra se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, pourra obtenir la faculté d'appuyer sur la propriété du riverain opposé les ouvrages d'art nécessaires à sa prise d'eau, à la charge d'une juste et préalable indemnité. — Sont exceptés de cette servitude les bâtiments, cours et jardins attenant aux habitations* ».

La loi de 1847 soulève à peu près les mêmes difficultés que la loi de 1845, dont elle forme le complément indispensable, et les solutions qu'elle comporte sont sensiblement analogues. Cependant, la servitude d'appui accordée souvent comme accessoire de la servitude d'aqueduc pour les besoins de propriétés non riveraines, peut encore être organisée pour l'irrigation de propriétés riveraines alors qu'il est inutile d'invoquer la servitude d'aqueduc (1).

891. En tout cas, l'art. 1 de la loi de 1847 n'établit la servitude d'appui, comme le texte correspondant de la loi de 1845, créant la servitude d'aqueduc, que pour les besoins de l'irrigation. Ni l'une ni l'autre servitude ne pourrait donc être accordée par le juge en vue d'un intérêt industriel, par exemple pour l'établissement d'une usine : ce qui est regrettable, l'industrie paraissant avoir droit à la même protection que l'agriculture.

(1) En aucun cas le barrage ne peut être établi sans autorisation administrative : cette autorisation est délivrée par le préfet, sauf les droits des tiers. Décret du 25 mars 1852. Tableau D-3°. Art. 11, loi du 8 avril 1898.

Par ailleurs, la servitude d'appui, comme celle d'aqueduc, s'exerce quels que soient la nature des fonds à irriguer et le mode d'irrigation, par exemple pour l'arrosage d'un jardin (1).

D'autres analogies existent entre les deux servitudes. La servitude d'appui, elle non plus, n'existe pas de plein droit et les tribunaux ont encore un pouvoir d'appréciation pour en permettre l'établissement, sous la condition d'un intérêt sérieux d'irrigation, et sous celle de ne pas causer un dommage trop considérable aux propriétés voisines. En l'organisant ils désignent l'endroit précis de la rive pour l'établissement du barrage, soit juste en face, soit en un point plus en amont, ou plus en aval (2). Enfin, la servitude d'appui, comme celle d'aqueduc, ne s'obtient que moyennant une juste et préalable indemnité, pour le paiement de la parcelle de terre servant d'appui au barrage, sauf, s'il y a lieu, à octroyer dans l'avenir des dommages-intérêts aux différents propriétaires lésés par le refoulement des eaux (3).

892. La loi de 1847 donne lieu cependant à des difficultés spéciales. L'art. 1, qui accorde le droit d'appui sur le fonds « du riverain opposé », suppose la servitude créée au profit du propriétaire de l'autre rive. Certains auteurs, par une interprétation littérale du texte, refusent à tout autre qu'à un riverain la faculté d'invoquer le bénéfice de l'art. 1er (4). Cette solution trop restrictive se fonde sur un motif très insuffisant tiré des travaux préparatoires et emprunté à la discussion quelque peu confuse qui s'est élevée autour de notre texte et d'un amendement proposé. Puisque l'on accorde au riverain la faculté de demander la servitude d'appui, il faut reconnaître le même droit au tiers qui aurait obtenu de lui une concession de prise d'eau pour l'irrigation de propriétés non riveraines; en effet, ce tiers autorisé à invoquer le bénéfice de la servitude d'aqueduc (5) doit pouvoir compléter celle-ci par la servitude d'appui (6).

(1) Cass., 20 déc. 1853, L., 54. 1. 250, D., 54. 1. 32.
(2) Demolombe, XI, n. 230.
(3) Demolombe, XI, n. 232 *bis*.
(4) Laurent, VII, n. 397.
(5) V. *supra*, n. 873.
(6) *Sic* Aubry et Rau, III, § 248, p. 19; Demolombe, XI, n. 230.

Une autre difficulté se présente, lorsque l'administration a concédé, sur une rivière navigable, une prise d'eau en faveur d'un propriétaire non riverain ; il faut alors que l'on obtienne le droit d'établir un barrage sur les deux rives. La loi de 1847 ne permet pas de résoudre la question, car elle n'intéresse que les rivières non navigables, ainsi qu'il résulte du rejet de l'un des amendements proposés (1). Lorsque l'administration a concédé une prise d'eau, avec autorisation de construire un barrage, on ne voit pas pourquoi le concessionnaire ne pourrait appuyer les travaux sur les talus des deux rives, qui, en réalité, sont comme la rivière elle-même, des dépendances du domaine public.

Voici maintenant une différence certaine avec la législation de 1845. On peut remarquer en effet que la loi n'excepte plus ici, comme elle l'a fait pour la servitude d'aqueduc, les parcs et enclos attenant aux habitations : ce qui s'explique par cette considération que la servitude d'appui est beaucoup moins gênante que la servitude d'aqueduc.

Les bâtiments, cours et jardins attenant aux habitations sont donc seuls compris dans l'exception, laquelle, par ailleurs, n'est pas applicable au cas où l'un des riverains demande seulement à acquérir, conformément à l'art. 2 de la loi, la mitoyenneté d'un barrage déjà établi par l'autre riverain (2). Toutes les autres observations présentées *supra*, au sujet de cette exception, trouveraient ici leur application.

893. Enfin, la servitude d'appui diffère encore sur un

(1) La loi de 1847 n'accorde le droit d'appui que sur l'une des rives, parce que celui qui prolonge la dérivation a déjà le droit de faire de son côté toute espèce de travaux, soit comme propriétaire riverain, soit comme concessionnaire, ayant cause de ce dernier. Au cours de la discussion, M. Pascalis avait demandé que le droit d'appui pût être accordé sur les deux rives, en faisant remarquer que l'administration pouvait accorder un droit de prise d'eau à un tiers non riverain, même sur les rivières non navigables. En présence des protestations soulevées par le droit que l'on supposait appartenir à l'administration, le ministre déclara qu'en fait il n'était jamais accordé de prise d'eau sur les rivières non navigables; en conséquence l'amendement fut rejeté comme dépourvu d'intérêt pratique. — V. S., *Lois annotées*, 1847, p. 82 à 84, D., 47. 3. 120. 123. On a donc laissé en dehors de la loi les concessions de prise d'eau sur les rivières navigables, concessions que l'administration a, sans contredit, le droit d'accorder.

(2) Cass., 20 décembre 1853, S., 53. 1. 259, D., 54. 1. 32.

point de la servitude d'aqueduc. En effet, les propriétaires ne peuvent utiliser les eaux qui passent sur leurs fonds, tandis que le riverain grevé de la servitude d'appui peut devenir copropriétaire (1) du barrage établi ou à établir, car la servitude d'appui est nécessairement réciproque. Ce point est prévu et réglé expressément par l'art. 2 ainsi conçu :

ART. 2. — *Le riverain sur le fonds duquel l'appui sera réclamé pourra toujours demander l'usage commun du barrage, en contribuant pour moitié aux frais d'établissement et d'entretien; aucune indemnité ne sera respectivement due dans ce cas, et celle qui aurait été payée devra être rendue. — Lorsque cet usage commun ne sera réclamé qu'après le commencement ou la confection des travaux, celui qui le demandera devra supporter seul l'excédent de dépense auquel donneront lieu les changements à faire au barrage pour le rendre propre à l'irrigation des deux rives.*

L'art. 2 s'applique seulement dans le cas où le riverain grevé de servitude veut acquérir un droit véritable sur le barrage et en réclame l'usage commun. Mais aucune contribution pour l'entretien du barrage n'incombe au riverain qui se contente de profiter de la surélévation des eaux; aucune indemnité ne saurait non plus être exigée *des riverains* en amont qui utilisent cette surélévation. L'auteur du barrage, en revanche, reste toujours maître de le supprimer à volonté (2).

Les art. 3 et 4 contiennent des dispositions analogues à celles de la loi de 1845 :

ART. 3. — *Les contestations auxquelles pourra donner lieu l'application des deux articles ci-dessus seront portées devant les tribunaux. Il sera procédé comme en matière sommaire, et s'il y a lieu à expertise, le tribunal pourra ne nommer qu'un seul expert.*

ART. 4. — *Il n'est aucunement dérogé, par les présentes dispositions, aux lois qui règlent la police des eaux.*

(1) On a pu dire exactement qu'il y avait copropriété avec indivision forcée. — Chambéry, 1er nov. 1892, D., 94. 2. 440.

(2) Aubry et Rau, III, § 241, p. 21; Demolombe, XI, n. 232. Cette solution ressort de la rectification du texte primitif du projet après le vote d'un amendement présenté par M. Creton. — V. Sirey, *Lois annotées*, 1847, p. 866, I et II.

C. *Servitudes relatives à l'écoulement des eaux nuisibles.*

894. L'art. 3 de la loi du 29 avril 1845 est ainsi conçu : « *La même faculté de passage sur les fonds intermédiaires pourra être accordée au propriétaire d'un terrain submergé en tout ou en partie, à l'effet de procurer aux eaux nuisibles leur écoulement* ».

Ce texte permet au propriétaire d'un terrain submergé en tout ou en partie d'obtenir un passage sur les fonds qui le séparent d'un cours d'eau ou de toute autre voie d'écoulement, pour se débarrasser des eaux qui rendent son fonds insalubre ou stérile.

Pour l'exercice de la servitude, il faut et il suffit qu'il y ait un marais ou un terrain submergé en tout ou en partie et que le séjour des eaux soit nuisible à la propriété. On n'a pas à considérer la cause originaire de la submersion ; il importe peu que les eaux aient été amenées à la surface du sol par le propriétaire du terrain, par exemple à la suite du forage d'un puits (1). De même, il est inutile de rechercher pour quelle cause les eaux sont devenues nuisibles, si elles ont été corrompues par leur emploi, dans un établissement industriel.

Par ailleurs, toutes les observations faites à propos de l'art. 1 de la loi de 1845, soit au sujet du pouvoir discrétionnaire des tribunaux appelés à se prononcer sur l'établissement de la servitude et son mode d'exercice, soit à l'égard des exemptions admises en faveur de certaines propriétés, soit en ce qui concerne l'indemnité préalable, s'appliquent à la servitude pour l'écoulement des eaux nuisibles.

895. Le principe posé par l'art. 3 de la loi de 1845 a été développé et complété par la loi du 10 juin 1854 *sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage*. Ce complément était nécessaire. En effet, aux termes mêmes de l'art. 3 de la loi de 1845, la servitude n'était créée qu'en faveur des terrains « submergés » ; en conséquence, ce texte était inapplicable lorsque la couche d'eau ne couvrait pas la surface du

(1) Aubry et Rau, III, § 242, p. 23 ; Demolombe, XI, n. 222 et 223. — Cpr. cependant Laurent, VII, n. 407. — Cass., 13 janvier 1868, D., 68. 1. 211.

sol. Cependant, les eaux qui séjournent dans des terrains argileux ou à sous-sol imperméable ne laissent pas que d'être nuisibles, car elles rendent fort difficile et peu productive la culture de ces fonds. La loi de 1854 a comblé à cet égard la lacune que présentait l'art. 3 de la législation antérieure.

Le mot *drainage* est la traduction d'un mot anglais qui signifie *assèchement*. Le drainage a pour but d'*assécher* un fonds naturellement imprégné d'une trop grande quantité d'eau. On obtient ce résultat par divers moyens, et notamment à l'aide d'une série de tuyaux souterrains, présentant de nombreuses solutions de continuité, qui leur permettent de soutirer l'eau pour la conduire à une voie d'écoulement.

Mais quand cette voie d'écoulement n'est pas contiguë au fonds qu'il s'agit d'assainir, il faut nécessairement faire passer les tuyaux de conduite sur les fonds intermédiaires. La loi de 1854 permet d'imposer cette servitude aux propriétaires de ces héritages. Auparavant leur consentement était nécessaire. Aux termes de l'art. 1 de la loi : « *Tout propriétaire qui veut assainir son fonds par le drainage, ou un autre mode d'assèchement, peut, moyennant une juste et préalable indemnité, en conduire les eaux souterrainement ou à ciel ouvert, à travers les propriétés qui séparent ce fonds d'un cours d'eau ou de toute autre voie d'écoulement. — Sont exceptés de cette servitude, les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations* ».

La servitude de la loi de 1854 présente encore certains points de ressemblance avec celle d'aqueduc résultant de l'art. 1 de la loi de 1845. Tout ce qui a été dit, à ce propos, de l'indemnité préalable et des exemptions admises en faveur de certains fonds trouve encore ici une nouvelle application (1). Il en est de même de la solution donnée sur le point de savoir si le fermier et l'usufruitier du terrain peuvent invoquer le bénéfice de la loi.

896. La servitude de drainage consiste en un simple droit d'aqueduc ou de passage pour les eaux provenant de l'assè-

(1) V. *supra*, n. 877 et 879.

chement, et non dans le droit de déverser les eaux nuisibles sur les fonds voisins ; mais elle comporte accessoirement la faculté de passer pour la surveillance, l'entretien et la réparation des tuyaux de drainage.

897. Cette servitude s'applique à toutes les eaux d'infiltration, demeurées stagnantes dans le sous-sol et devenues nuisibles, quelle qu'en soit la provenance, non seulement à celles amenées par la pente naturelle des lieux, mais aussi à celles dérivées par des travaux artificiels pour les besoins de l'irrigation (1).

Bien qu'on ait fait valoir surtout l'intérêt de l'agriculture dans la discussion de la loi de 1854, la généralité des termes de son art. 1 ne permet pas de restreindre l'application de la servitude aux seuls besoins d'une exploitation agricole ; elle peut s'exercer au profit de tous les fonds, de ceux affectés à une exploitation industrielle, tels que mines, carrières ou tourbières (2), aussi bien qu'à ceux qui supportent des bâtiments (3).

898. Les termes de cet article, beaucoup plus énergiques que ceux des lois de 1845 et de 1857, autorisent le propriétaire qui veut entreprendre le drainage à *exiger* sur les fonds intermédiaires un passage pour les eaux qu'il veut écouler. Le juge n'a donc plus ici le pouvoir d'appréciation qui lui est accordé quand il s'agit de la servitude d'aqueduc et de la servitude d'appui ; ce qui est peut-être regrettable.

Mais le texte de notre article ne permet pas, comme on l'a proposé (4), de corriger le défaut d'harmonie qui existe, à cet égard, entre la législation de 1854 et les autres lois sur l'irri-

(1) Cass., 8 avril 1872, S., 72. 1. 209, D., 72. 1. 108. — Toutefois la loi de 1854 n'est pas applicable à l'écoulement des eaux d'un étang même créé au moyen de travaux de drainage. — Trib. Roanne, 6 juillet 1865 sous Cass., 5 août 1868, S., 69. 1. 68. — V. sur ces diverses questions Bourguignat, *Guide légal du draineur*, n. 8 et 9 ; Garnier, *Comm. de la loi sur les irrigations et observ. nouv. sur celle relative au drainage*, p. 17 et 26 ; Dufour, *Police des eaux*, p. 425.

(2) Cass., 14 décembre 1859, S., 60. 1. 466, D., 59. 1. 504 ; 6 juin 1887, S., 87. 1. 368, D., 87. 1. 315.

(3) Cass., 8 avril 1872, D., 72. 1. 209, D., 72. 1. 108. — Cpr. cependant Dijon, 5 décembre 1877, S., 78. 2. 20. — Cet arrêt contient une restriction assez difficile à justifier.

(4) Garnier, *op. cit*, p. 18.

gation (1). La servitude de drainage est légale et nécessaire, au même titre que la servitude de l'art. 682 pour le passage en cas d'enclave. Le juge n'a que deux questions à résoudre : il doit rechercher d'abord si les travaux sont capables d'assainir, d'assécher le fonds, d'atteindre le résultat prévu par la loi ; il doit ensuite examiner si les eaux ne pourraient s'écouler sans porter atteinte aux propriétés voisines ; sur ce dernier point, les tribunaux ont, comme dans l'hypothèse de l'art. 682, une grande latitude d'appréciation, leur permettant d'assimiler à une impossibilité absolue les difficultés trop sérieuses et trop onéreuses à vaincre que l'on rencontrerait, en voulant faire écouler les eaux du drainage autrement que sur les propriétés voisines (2).

899. L'art. 2 de la loi de 1854 laisse aux propriétaires des fonds traversés par les conduites d'eau et même aux propriétaires des fonds voisins la faculté d'utiliser les travaux de drainage sous l'obligation de restituer l'indemnité reçue, de supporter leur part de celles payées aux autres propriétaires et de contribuer aux frais des travaux (3).

Pour l'application de l'art. 2, les tribunaux apprécient en fait si les fonds sont voisins de l'aqueduc ou traversés par lui et peuvent, dans ce but, ordonner une expertise (4).

Afin de faciliter les opérations du drainage, la loi accorde le bénéfice de ses dispositions aux associations syndicales formées en vue d'assainir par des travaux d'ensemble les propriétés comprises dans le syndicat (5). Les travaux de ces

(1) *Sic* Demolombe, XI, n. 236 ; Bourguignat, *op. cit.*, p. 14. — Il a été dit formellement dans la discussion du projet : « Le juge n'aura pas à se prononcer sur l'établissement de la servitude, car cette servitude est établie par la loi elle-même. V. *Moniteur* du 14 mai 1854. — Cpr. cependant Cass., 14 avril 1868, S., 68. 1. 287.

(2) Cass., 1er juin 1863, S., 64. 1. 279, D., 64. 1. 186.

(3) L'art. 2 est ainsi conçu : *Les propriétaires de fonds voisins ou traversés ont la faculté de se servir des travaux faits en vertu de l'article précédent, pour l'écoulement des eaux de leurs fonds. Ils supportent dans ce cas : 1° une part proportionnelle dans la valeur des travaux dont ils profitent ; 2° les dépenses résultant des modifications que l'exercice de cette faculté peut rendre nécessaires et 3° pour l'avenir une part contributive dans l'entretien des travaux devenus communs.* — V. Aubry et Rau, III, § 242, p. 24.

(4) Cass., 29 avril 1872, S., 73. 1. 209, D., 72. 1. 454.

(5) V. art. 3 de la loi.

syndicats, ceux analogues des communes et des départements peuvent être déclarés d'utilité publique par décret rendu en conseil d'Etat (1).

Enfin l'art. 5 établit une nouvelle différence entre la loi de 1854 et celles de 1845 et de 1847; il attribue compétence non plus aux tribunaux civils, mais au juge de paix, en premier ressort; et c'est là une règle d'ordre public, à laquelle les parties ne pourraient déroger (2).

L'art. 3 de la loi de 1845 et la loi de 1854 n'ont pas eu pour but de modifier la loi du 11 septembre 1807 sur le dessèchement des marais, loi édictée dans un intérêt public de salubrité générale.

SECTION II

DU BORNAGE

900. Le bornage est une opération qui a pour but de marquer par des signes matériels la ligne séparative de deux propriétés contiguës. Il a lieu contradictoirement avec le voisin et c'est par là qu'il diffère essentiellement de la clôture. Il s'effectue ordinairement au moyen de pierres-bornes, qui doivent être disposées de telle façon qu'en allant en ligne droite d'une borne à l'autre, on suive exactement la ligne séparative des deux héritages.

Pour que l'on puisse facilement reconnaître les pierres-bornes, on leur donne ordinairement une taille particulière, qui varie suivant les localités. Souvent aussi, dans la même vue, on les entoure, en les plantant, de certaines substances incorruptibles, telles que de la houille, du verre, des coquilles. Dans certains pays, on brise une tuile en deux et on enterre une des moitiés de chaque côté de la borne : ce qui permettra plus tard, en les confrontant, de reconnaître, comme dit Coquille, « que ça a été autrefois une seule tuile qui à escient a

(1) V. art. 4 de la loi; la disposition finale de cet article porte qu'en pareil cas : « Le règlement des indemnités dues pour expropriation est fait conformément aux §§ 2 s. de l'art. 16 de la loi du 21 mai 1836 ».

(2) Besançon, 10 mars 1868, S., 68. 2. 141, D., 68. 2. 131. — L'art. 6 contient des dispositions d'ordre pénal contre la destruction des travaux ou les obstacles volontairement apportés au libre écoulement des eaux.

été cassée pour servir à cet effet ». Les diverses substances que l'on enfouit ainsi au pied des bornes, pour leur servir en quelque sorte d'étiquette, portent le nom de *témoins* ou *garants*, parce qu'elles remplacent les témoins qu'il était d'usage au moyen-âge de faire assister à l'opération du bornage. On choisissait ordinairement, pour remplir ce rôle, de très jeunes enfants, afin de s'assurer une preuve de plus longue durée ; et, pour attirer leur attention sur le fait qu'il s'agissait de constater, il paraît qu'on leur infligeait quelque correction en rapport avec leur âge.

§ I. *Différences entre l'action en bornage et l'action en revendication.*

901. Aux termes de l'art. 646 : « *Tout propriétaire peut » obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës.* » *Le bornage se fait à frais communs* ».

Si l'un des deux voisins désire procéder au bornage de sa propriété, il a recours à une action qu'on appelle l'action en bornage, action fondée sur l'utilité, sur la nécessité même d'une délimitation des héritages contigus. On a critiqué la méthode du législateur et soutenu que cette action n'avait pas sa place au titre des servitudes ; l'obligation de souffrir le bornage ne serait pas une servitude véritable, mais bien plutôt une obligation légale imposée aux propriétaires de fonds contigus, dans leur intérêt réciproque, ou encore une obligation dérivant d'un quasi-contrat de voisinage (1). Ce n'est là qu'une des faces de la critique générale adressée aux rédacteurs du code civil, à propos des servitudes naturelles et légales ; la réponse déjà faite à cette critique nous dispense d'insister ici (2). Il vaut mieux signaler la différence qui

(1) Aubry et Rau, II, p. 222, rubrique du chapitre ; Laurent, VII, n. 477 ; Pothier, ***De la société***, n. 231.

(2) On peut toutefois faire remarquer, pour soutenir qu'il y a bien là une servitude, que le droit au bornage est un ***jus in re aliena***, en ce sens qu'il permet de mettre une borne sur la ligne séparative, et qu'il met le voisin, sur la propriété duquel elle empiète nécessairement, dans l'obligation de la maintenir et de la respecter. — Cpr. Demolombe, XI, n. 242.

sépare l'action en bornage de l'action en revendication et chercher le critérium de leur distinction.

902. L'action en revendication est une action réelle ; quel est le caractère de l'action en bornage ? Pothier, en souvenir du droit romain, l'avait placée dans la catégorie des actions mixtes, trouvant qu'elle contenait un mélange de personnalité et de réalité. Au point de vue théorique, toute action est personnelle ou réelle ; si on fait dériver l'action en bornage d'une obligation légale entre propriétaires contigus, ou d'une obligation naissant du quasi-contrat de voisinage, on doit lui reconnaître le caractère d'une action personnelle ; mais, en présence des textes du code qui rangent le bornage forcé parmi les servitudes, toute hésitation doit cesser : c'est une action réelle (1).

903. Si l'action en revendication et l'action en bornage ont ce caractère commun d'être des actions réelles, elles diffèrent nettement à d'autres égards. Dans la revendication, les deux parties, demandeur et défendeur, jouent un rôle distinct, l'une émettant une prétention précise et déterminée que l'autre combat. Dans l'action en bornage il y a bien, si l'on veut, un demandeur, celui qui prend l'initiative, mais, le procès engagé, les deux parties, d'ordinaire, poursuivent le même but, la détermination d'exactes limites pour les deux héritages voisins et la fixation légale de ces limites par la plantation de bornes ; généralement en désaccord sur le tracé de la ligne séparative, les deux parties s'entendent sur un point essentiel, objet même de l'action, sur la nécessité de préciser cette ligne et de la marquer à l'aide de bornes. Dans l'instance, chacun des plaideurs joue le même rôle, à la fois demandeur et défendeur, et se trouve ainsi placé dans une situation égale par rapport à l'adversaire ; aussi le juge doit-il inviter l'une et l'autre des parties en cause à produire ses preuves (2).

La différence, toutefois, entre l'action en revendication et

(1) Cependant, au point de vue de la compétence relative, comme l'art. 59 Proc. civ. distingue, à côté des matières réelles et personnelles, des matières mixtes, on serait conduit à ranger l'action en bornage dans cette troisième catégorie.

(2) Cass., 29 juill. 1856, S., 57. 1. 655, D., 56. 1. 411. — Aubry et Rau, II, § 199, p. 223.

l'action en bornage ne s'accuse pas toujours avec une grande netteté et parfois, en pratique, il est permis d'hésiter. Plusieurs hypothèses en effet sont susceptibles de se présenter. Tantôt, ce qui est rare, l'action en bornage a pour but d'obliger un voisin récalcitrant à subir la plantation de bornes sur des limites certainement incontestées; la confusion avec l'action en revendication est alors tout à fait impossible. Tantôt, ce qui est l'hypothèse normale, les limites étant incertaines pour les deux voisins, l'action a pour objet de remettre au juge le soin de rechercher ces limites, de les déterminer, de les constater légalement par la plantation des bornes ; l'action en bornage se distingue bien encore de l'action en revendication, puisqu'aucune des parties ne se prétend d'une façon précise propriétaire de telle ou telle parcelle de terrain (1). Tantôt enfin, et la distinction devient alors plus délicate, chacun des plaideurs réclamant un tracé déterminé pour la ligne séparative des héritages, la contestation s'élève sur la détermination même des limites. N'y a-t-il pas alors une action en revendication? Le demandeur croit avoir à se plaindre d'anticipations commises à son préjudice, et il veut obtenir une restitution du terrain usurpé en faisant planter les bornes sur la partie du fonds actuellement possédée par l'adversaire ; ce dernier, au contraire, conclut au maintien de sa possession, et il entend que les bornes respectent l'état apparent des propriétés ; n'est-ce pas, en réalité, une revendication de la parcelle de terrain comprise entre les deux lignes que, de part et d'autre, on désire pour la limite des héritages contigus ? La question ne comporte pas de réponse générale ; si, pour trancher le différend, le juge peut se contenter de faire procéder à une opération matérielle d'arpentage destinée à vérifier la contenance respective des héritages, et à voir si elle concorde avec la contenance vraie qu'ils doivent avoir et que les parties reconnaissent, on est en présence d'une simple action en bornage ; si, au contraire, les parties sont en désaccord sur la contenance même de leurs propriétés, ou si l'une d'elles soutient avoir acquis la propriété du supplément de

(1) Cass., 5 janv. 1892, D., 92. 1. 135.

contenance que présente son fonds, il s'agit alors d'une véritable action en revendication ; c'est le droit de propriété sur une parcelle déterminée qui se trouve engagé dans le procès, le droit de propriété sur la portion litigieuse comprise entre les deux limites contestées. En d'autres termes, il y aura revendication lorsque le débat portera sur la propriété ou sur les titres qui l'établissent (1), et c'est pourquoi, en pareil cas, la compétence passe du juge de paix au tribunal civil. En étudiant plus loin la question de compétence, nous retrouverons les applications pratiques de cette idée.

904. De la différence qui existe entre les deux actions, au point de vue de leur objet, en découle une autre au sujet de la preuve à fournir. Dans l'action en bornage, la restitution d'un excédent de contenance s'obtient à l'aide d'une preuve pour ainsi dire mathématique, par la démonstration que l'un des fonds n'a pas la contenance portée au titre, tandis que le fonds voisin a une contenance supérieure. Si l'on devait revendiquer le même excédent, on serait contraint d'établir son droit de propriété, c'est-à-dire le plus souvent de combattre la présomption attachée à la possession de celui qui détient cet excédent depuis plus d'une année.

905. L'action en bornage appartient aux propriétaires des fonds contigus; mais il n'est pas besoin de faire une preuve complète de son droit de propriété sur le fonds; il suffit, pour justifier sa qualité, d'invoquer la présomption attachée à la possession (2). En cas d'indivision, un cohéritier, comme tout autre copropriétaire, a droit d'exercer de son chef, et avant tout partage, l'action en bornage, malgré l'inaction ou le refus des autres copropriétaires (3). On admet très généralement que l'action compète aussi à l'usufruitier; le mot « propriétaire » de l'art. 646 doit être interprété dans un sens large, conforme aux traditions romaines et à celles de l'ancien droit, conforme aussi aux nécessités pratiques et au but

(1) Cass., 21 mars 1892, D., 92. 1. 248.

(2) Aubry et Rau, II, § 199, p. 224; Demolombe, XI, n. 259. — Montpellier, 11 janv. 1842, S., 42. 2. 219. — *Contra* Laurent, VII, n. 423.

(3) Rennes, 11 juillet 1829, S. chr., D. *Rép.*, v° *Bornage*, n. 123. — Laurent, VII, n. 422.

utilitaire de l'action en bornage, et s'entendre de toute personne titulaire d'un droit réel principal sur le fonds (1); ainsi l'usager lui-même pourrait intenter l'action en bornage (2), mais non le fermier (3); quant à l'emphytéote et au créancier sur antichrèse, la solution varie suivant qu'on reconnaît ou non à leur profit l'existence d'un droit réel (4). L'usufruitier ou l'usager qui provoquent le bornage ne sont pas tenus de mettre en cause le propriétaire, mais il va sans dire que le défendeur reste libre d'appeler en cause le propriétaire, afin que le bornage soit fait contradictoirement avec lui et lui devienne opposable (5).

906. Plus délicate à formuler est la règle de la capacité requise pour intenter l'action en bornage. S'il n'y a aucun mélange de revendication, l'action en bornage pure et simple appartient à la catégorie des actes d'administration, même, on pourrait dire, à la catégorie des actes conservatoires ; sans doute, quand les limites sont incertaines ou contestées, le litige se présente sous un aspect assez sérieux, mais, au fond, le résultat est toujours le même et l'action doit conserver la même nature ; le droit de propriété n'est pas en jeu ; il s'agit toujours de marquer d'un signe sensible l'exacte étendue de deux propriétés contiguës. Aussi doit-on admettre, sans aucune distinction, que la capacité ou les pouvoirs d'un administrateur suffisent pour introduire cette action (6). Le tuteur n'a pas besoin de l'autorisation du conseil de famille, ni la femme

(1) Aubry et Rau, II, § 199, p. 224; Demolombe, XI, n. 256; Laurent, VII, n. 424.

(2) Montpellier, 14 décembre 1840, D. *Rép.*, v° *Bornage*, n. 23. — V. les auteurs cités à la note *supra*.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, XI, n. 258; Laurent, *loc. cit.*

(4) Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, XI, n. 257; Laurent, *loc. cit.*

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, XI, n. 256; Laurent, *loc. cit.* — Bordeaux, 23 juin 1836, S. 37. 1. 37.

(6) *Contra* Aubry et Rau, II, § 199, p. 225; Laurent, VII, n. 426, lesquels distinguent suivant que la demande tend uniquement à la plantation de pierres-bornes et suivant que les limites sont incertaines ou contestées. D'autres auteurs, Delvincourt, I, part. 2, p. 386, Curasson, *De la compét. des juges de paix*, II, 443, exigent dans tous les cas la même capacité et les mêmes pouvoirs que s'il s'agissait d'une action pétitoire immobilière ; Demolombe, XI, n. 260 et 261, pose sous une autre formule, une règle générale analogue à celle que nous admettons. — Cpr. Rouen, sous Cass., 17 juillet 1883, S., 84. 1. 319.

séparée de biens de l'autorisation maritale ; en sa qualité d'administrateur des biens de la femme, au nom de celle-ci, sans qu'elle soit partie à l'instance, le mari peut intenter l'action en bornage (1) ; le mineur émancipé lui-même, avec son droit de pure administration, a une capacité suffisante pour intenter l'action sans l'assistance du curateur (2). Quant à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, la défense générale de plaider, inscrite dans les art. 499 et 513 C. civ., paraît faire obstacle à ce qu'il puisse intenter seul l'action en bornage ; c'est là, sans doute, une *inelegantia juris* imputable à la rédaction des textes précités.

Les personnes qui ont qualité pour intenter l'action en bornage ont, *a fortiori*, qualité pour y défendre.

907. L'action peut être intentée contre tout propriétaire, peu importe qu'elle intéresse exclusivement des particuliers, ou qu'elle soit dirigée contre une commune, un établissement public, le département ou l'Etat (3), Il convient, toutefois, de remarquer qu'à l'égard des fonds qui dépendent du domaine public, on doit se reporter aux règles du droit administratif (4), et que des prescriptions toutes spéciales ont été édictées pour la délimitation et le bornage de certaines forêts (5).

908. La condition essentielle pour donner ouverture à

(1) Il pourrait aussi l'intenter en son nom personnel, comme usufruitier des biens de la femme, mais alors la décision ne serait pas opposable à cette dernière. Il en est autrement s'il agit comme administrateur ; le bornage qui se fait ainsi sans le concours de la femme est opposable à celle-ci. Limoges, 30 nov. 97. *Rev. pr. civ.*, 98. 390.

(2) Demolombe, XI, n. 261, refuse au mineur émancipé le droit d'intenter seul l'action en bornage. — Le maire d'une commune peut, d'après le principe posé au texte, intenter l'action en bornage sans autorisation du conseil de préfecture. — Avis cons. d'Etat, 28 août 1823, D. *Rép.*, v° *Bornage*, n. 22. — Douai, 26 mars 1844, S., 45. 2. 294, D. *Rép.*, v° *Domaine public*, n. 47.

(3) Douai, 26 mai 1844, S., 45. 2. 294.

(4) La délimitation de ces fonds rentre dans les pouvoirs de l'administration ; loi des 22 déc. 1789, 8 janv. 1790, sect. III, art. 2, Ord. en conseil d'Etat du 15 mars 1844, S., 44. 2. 275 ; 5 sept. 1846, S., 46. 2. 662 et 31 mars 1847, S., 47. 2. 426 ; décret en conseil d'Etat, 2 août 1860, S., 60. 2. 571. — Cass., 3 juill. 1854, S., 56. 1. 431 ; 11 avril 1860, S., 60. 1. 523. — Trib. des conflits, 30 juil. 1850, S., 51. 2. 124. — *Sic* Aubry et Rau, II, § 199, p. 225 ; Demolombe, II, n. 263.

(5) Code forestier, tit. III, sect. 1, art. 8-11.

notre action, est la contiguïté des fonds. L'action n'est pas recevable, par suite, lorsque deux héritages se trouvent séparés par un cours d'eau naturel, pour lequel il n'est rapporté aucun titre spécial de propriété (1), ou par un chemin public (2) ou par un terrain communal (3). Au contraire, un sentier privé, un fossé ne feraient pas obstacle à la contiguïté des fonds ni à l'exercice de l'action en bornage (4).

909. L'action en bornage n'est donc possible, en principe, qu'entre propriétaires d'héritages contigus. Cependant la délimitation de deux héritages voisins nécessite parfois d'englober dans les opérations de mesurage et d'arpentage des propriétés non contiguës, tous les terrains compris dans un même « canton », ou « tènement ». Le demandeur alors a le droit d'assigner non seulement ses voisins immédiats, mais aussi les arrière-voisins dont les propriétés doivent être soumises au mesurage ; le défendeur et le juge, d'office, peuvent aussi mettre en cause ces arrière-voisins (5).

910. L'action en bornage n'est pas seulement recevable dans l'intérêt des propriétés rurales ; elle est susceptible de s'appliquer aussi à des fonds surbâtis, pourvu qu'il y ait entre eux une parcelle libre de constructions ; l'action devrait, au contraire, être écartée si les bâtiments se touchaient (6), parce qu'alors ferait presque toujours défaut une seconde condition indispensable pour l'exercice de l'action en bornage ; une pareille demande, en effet, ne se comprendrait plus si les limites des deux fonds étaient déjà marquées par des bornes cer-

(1) Cass., 6 nov. 1866, S., 66. 1. 427. — Bien que la loi du 8 avril 1898 ait attribué aux riverains la propriété du lit des cours d'eaux, l'action en bornage, d'après la cour de cassation, n'est pas applicable à des fonds séparés par un ruisseau, qui forme entre eux une limite naturelle, la condition de contiguïté faisant d'ailleurs défaut, Cass., 11 déc. 1901, D., 02. 1. 352, S., 03. 1. 461.

(2) Cass., 6 nov. 1866, précité.

(3) Cass., 15 juin 1827, D. *Rép.*, v° *Bornage*, n. 15.

(4) Aubry et Rau, II, § 199, p. 223 ; Demolombe, XI, n. 266. — V. pour le cas d'un chemin privé servant à l'exploitation, Cass., 20 déc. 1899, D., 1900. 1. 132, S., 1900. 1. 360.

(5) Cass., 20 juin 1855, S., 57. 1. 733, D., 56. 1. 312. — 9 nov. 1857, S., 58. 1. 229, D., 58. 1. 31. — Douai, 2 juillet et 11 nov. 1842, S., 43. 2. 408, D., 43. 4. 102. — Le juge du fait apprécie s'il y a lieu de mettre en cause les arrière-voisins, Cass., 22 janv. 1902, D., 02. 1. 293 ; 7 mars 1900, S., 02. 1. 351.

(6) Cass., 4 mars 1879, S., 79. 1. 297.

taines, comme le mur séparatif de deux bâtiments contigus. Pour mettre obstacle à notre action, il ne suffit pas que les propriétés soient limitées, que leur ligne séparative soit marquée d'une manière quelconque (1), il faut qu'elles aient été « bornées », c'est-à-dire que les limites aient été légalement constatées, et que les signes matériels qui les précisent aient été, conformément à l'usage, placés d'accord entre les propriétaires ou à la suite d'une instance judiciaire. Aussi, en principe, les haies, les barrières ou toute autre clôture, placées sur la ligne séparative, ne font pas obstacle à l'action en bornage (2), quand bien même il n'existerait aucune difficulté sur la délimitation des héritages (3). Lorsqu'au contraire on trouve sur la ligne séparative des deux fonds de véritables bornes, aucune demande n'est plus recevable. La solution est de toute évidence, mais la jurisprudence va plus loin; d'après elle, lorsqu'on rencontre entre deux fonds les signes matériels employés d'ordinaire comme bornes, on doit présumer que les héritages sont déjà légalement bornés et, par suite, écarter l'action, si le demandeur ne parvient pas à établir que les marques alléguées ont été placées autrement que d'un commun accord (4). Cette présomption, en fait, se vérifie le plus souvent, mais il paraîtrait plus conforme aux principes juridiques de mettre à la charge du défendeur, critiquant la recevabilité de l'action, la preuve que les signes matériels de délimitation sont des bornes véritables; c'est à celui qui invoque une exception d'en établir le fondement; il est vrai que dans l'administration de cette preuve la présomption de fait, reçue en jurisprudence, pourrait aisément s'appliquer: on arrive ainsi au même résultat, mais on a l'avantage d'une formule plus exacte.

(1) Demolombe, XI, n. 268. — *Contra* Pardessus, I, n. 119; d'après cet auteur, lorsqu'il y a des signes matériels quelconques pour marquer la ligne séparative, il n'y a place que pour une action en revendication.

(2) Cass., 4 mars 1879, précité. — Rennes, 11 juill. 1839, D. *Rép.*, v° *Bornage*, n. 19. — Trib. paix Sceaux, 11 mai 1897, *La Loi*, 14 mai 1897.

(3) Cass., 4 mars 1879, précité.

(4) Aix, 17 juil. 1838, D. *Rép.*, v° *Bornage*, n. 20.

§ II. *Du juge compétent pour statuer sur l'action en bornage.*

911. Depuis la loi du 25 mai 1838, l'action en bornage est de la compétence du juge de paix : auparavant elle était de la compétence du tribunal civil (1). On lit à ce sujet dans l'art. 6 de la loi précitée : « *Les juges de paix connaissent...* » 2° *des actions en bornage... lorsque la propriété ou les titres* » *qui l'établissent ne sont pas contestés* ».

La restriction établie par ce dernier membre de phrase semble, au premier abord, rendre la compétence attribuée au juge de paix en matière de bornage complètement illusoire. En effet, si la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés, alors les voisins sont d'accord sur les limites de leurs héritages respectifs; il s'agit donc seulement de planter les bornes sur la ligne séparative des deux héritages, opération à laquelle ils pourront bien procéder eux-mêmes, sans avoir besoin de recourir au ministère du juge de paix. Pour comprendre l'intervention du juge de paix, il suffit de reprendre les diverses hypothèses signalées plus haut. Tout d'abord, il peut parfaitement arriver que l'un des voisins, sans élever pour le moment aucune contestation sur la limite des héritarges contigus, refuse de procéder au bornage, peut-être pour éviter de contribuer aux frais, bien minimes cependant, auxquels donnera lieu cette opération, plus souvent parce qu'il espère, grâce à l'absence de signe visible indiquant la limite des héritages, pouvoir commettre quelque anticipation sur le voisin. L'action en bornage fournira le moyen de vaincre cette résistance.

D'un autre côté, il se peut que l'un des voisins ayant acquis la possession annale sur une certaine portion de terrain en sus de celle que lui attribue son titre, soutienne que le bornage doit être effectué en conformité de sa possession et non conformément au titre; le juge de paix sera encore compétent,

(1) Le juge de paix ne serait pas compétent pour déterminer la ligne séparative entre une propriété privée et une dépendance du domaine public, telle qu'une voie ferrée. Trib. paix Paris, 22 avril 1897, *La Loi*, 1er juin 1897.

car la propriété n'est pas contestée, non plus que le titre qui l'établit, mais tout au plus la possession. Il fera opérer le bornage, conformément au titre, sauf les effets de l'action possessoire qui pourra être intentée (1).

Enfin, les voisins, sans avoir aucune contestation relativement à la propriété ou aux titres qui l'établissent, peuvent ne pas être d'accord sur la ligne séparative de leurs propriétés contiguës, parce que la détermination de cette ligne dépend d'une opération qui n'a pas encore été faite, d'un arpentage par exemple. Ainsi, dans un partage de succession, un champ de forme rectangulaire est attribué à deux cohéritiers, à chacun pour la moitié, la partie nord à l'un, la partie sud à l'autre. Pour procéder au bornage, il faut avant tout déterminer la ligne séparative des deux propriétés. Si les deux cohéritiers, sans contester le partage, qui est ici le titre établissant la propriété, ne sont pas d'accord sur les points par lesquels doit passer la ligne séparative, le juge de paix aura qualité pour régler le différend sur l'action en bornage intentée par l'un des cohéritiers (2).

912. Le juge de paix compétent est celui de la situation des immeubles à délimiter.

S'il y a contestation entre les propriétaires voisins sur la propriété ou sur les titres qui l'établissent, alors il y a une portion de terrain qui est litigieuse entre eux, et la question est de la compétence du tribunal civil. Les difficultés que soulève la question de compétence se présentent souvent dans la pratique. La jurisprudence, après avoir hésité quelque peu (3), a fixé, suivant des principes exacts, les règles à suivre. Il suffit, du reste, de s'en tenir aux termes de l'art. 6 de la loi de 1838, ou encore, ce qui revient au même, de se souvenir que le juge de paix connaît seulement de l'action en bornage proprement dite, tandis que, si elle apparaît mélangée d'une action en revendication, la compétence passe au tribunal civil,

(1) Trib. paix Sceaux, 11 mai 1897, *La loi*, 14 mai 1897.

(2) Cpr. Cass., 5 janvier 1892, D., 92. 1. 135. — V. cep. Cass., 18 juin 1884, S., 87. 1. 459, D., 85. 1. 213.

(3) Cpr. Cass., 1er février 1842, S., 42. 1. 90, D. *Rép.*, v° *Compétence civ. des Trib. de paix*, n. 226. — Cass., 27 nov. 1860, S., 61. 1. 317, D., 61. 1. 10.

comme dans le cas où les titres sont contestés, ce qui, la plupart du temps, déguise un débat sur le droit de propriété (1).

913. Conformément à ces idées générales, le juge de paix demeure compétent non seulement pour présider à la plantation des *pierres bornes,* ou pour rechercher la limite incertaine ou disparue de deux héritages (2), en attribuant à chacun des fonds la contenance portée aux titres (3), mais encore pour trancher le conflit qui s'élève entre les propriétaires voisins sur le tracé de la ligne séparative (4), pourvu que ce débat n'entraîne pas l'examen d'une question de propriété. Il en est ainsi, notamment, lorsque les plaideurs demandent que le bornage ait lieu d'après la possession actuelle ou conformément à la possession annale, sans invoquer la prescription (5); en effet cette prétention se trouve toujours contenue dans l'action en bornage. Le juge, chargé de rechercher les limites et de les constater légalement, se détermine d'après la possession respective des parties, d'après l'état matériel du fonds, d'après les traces d'anciennes délimitations, d'après les indications du cadastre et autres documents propres à fixer la ligne de séparation des héritages (6). Par suite, le juge de paix ne sort pas de ses attributions normales quand il statue sur les conclusions des parties, suivant les indications du cadastre, ou quand il est appelé à rechercher lequel des plaideurs a la possession actuelle d'une haie ou d'une bande de terrain (7). Lorsque le débat reste circonscrit dans les termes indiqués, le juge, en procédant au bornage, est autorisé à répartir entre les fonds contigus un déficit ou un excédent de contenance que l'on a pu constater dans l'ensemble des

(1) Cass., 12 juin 1865, S., 65. 1. 307, D., 65. 1. 465, Aubry et Rau, II, § 199, p. 230.— V. aussi sur l'exposé des divers systèmes auxquels a donné lieu la question de compétence, note sous Cass., 25 juin 1879, S., 79. 1. 425.

(2) Cass., 10 avril 1866, S., 66. 1. 289, D., 66. 1. 380; 2 août 1875, S., 76. 1. 11.

(3) Cass., 27 février 1860, S., 60. 1. 501, D., 60. 1. 137.

(4) Cass., 19 juillet 1852, S., 52. 1. 641, D., 54. 1. 432; 26 avril 1865, S., 65. 1. 305, D., 65. 1. 269.

(5) Cass., 2 août 1875, précité; 23 avril 1873, S., 73. 1. 361; 19 nov. 1845, S., 46. 1. 457, D., 46. 1. 150; 12 fév. 1879, S., 79. 1. 176, D., 79. 1. 463.

(6) Cass., 12 juin 1864, S., 65. 1. 307, D., 65. 1. 465, 6 déc. 98, D., 98. 1. 572, S., 99. 1. 132. — Metz, 8 déc. 1857, S., 58. 2. 537, D., 60. 2. 42.

(7) Cass., 14 juin 1876, S., 76. 1. 447, D., 76. 1. 324.

deux fonds, si, par ailleurs, aucune des parties ne proteste contre l'existence du déficit ou de l'excédent, et ne prétend l'attribuer exclusivement à l'un des héritages. La répartition du déficit ou de l'excédent se fait proportionnellement à la contenance réelle des fonds et non à celle indiquée dans les titres (1), le juge étant alors investi du droit de modifier la configuration des fonds à borner (2).

Lorsque les titres produits ne sont pas contestés en eux-mêmes et qu'il y a désaccord sur leur seule application, par exemple sur la valeur des anciennes mesures mentionnées, le juge de paix doit encore connaître de l'affaire (3); sa compétence subsiste aussi, à n'en pas douter, lorsqu'une instance au possessoire se greffe sur l'action en bornage (4).

914. Au contraire, quand à l'action en bornage se joint une instance au pétitoire sur le droit même de propriété ou sur les titres produits, il appartient au tribunal civil de trancher le débat. Il en est ainsi, lorsque l'une des parties revendique la propriété d'une parcelle précise de terrain, comprise dans la portion litigieuse des fonds à borner, et qu'elle se refuse à laisser passer sur cette parcelle la ligne séparative (5), en invoquant une cause quelconque d'acquisition de propriété, la prescription par exemple, c'est-à-dire non plus une possession annale, mais une possession trentenaire en des limites apparentes et invariables (6).

Le juge de paix sortirait de sa compétence s'il appréciait les caractères de la possession invoquée (7), s'il refusait de

(1) Cass., 6 août 1860, S., 60. 1. 954, D., 60. 1. 328; 2 mai 1866, S., 68. 1. 89.

(2) Cass., 2 mai 1866, précité; il en est autrement dans les autres hypothèses de bornage. V. *infra*, n. 919.

(3) Cass., 11 juin 1861, S., 62. 1. 867; 26 avril 1865, S., 65. 1. 305. — Il en est ainsi toutes les fois qu'il est nécessaire de recourir à une simple interprétation de titres non contestés. — Cass., 25 avril 1894, D., 96. 1. 12.

(4) Cass., 22 mars 1876, S., 76. 1. 270.

(5) Cass., 21 mars 1892, D., 92. 1. 248. — 28 fév. 1870, S., 70. 1. 267, D., 70. 1. 92. — 15 déc. 1868, S., 69. 1. 32, D., 69. 1. 80. — Il en est encore ainsi lorsque l'une des parties revendique la propriété exclusive d'un fossé que l'autre partie prétend être mitoyen. — Cass., 10 mars 1897, D., 97. 1. 329.

(6) Cass., 18 mai 1859, S., 60. 1. 49, D., 59. 1. 193. — 8 août 1859, S., 60. 1. 49, D., 59. 1. 344. — 10 déc. 1862, S., 63. 1. 260, D., 63. 1. 29. — 3 janv. 1872, S., 72. 1. 16, D., 72. 1. 92.

(7) Cass., 10 fév. 1873, S., 73. 1. 149, D., 73. 1. 380.

regarder comme utiles à l'acquisition de la prescription les faits de jouissance allégués (1).

Il y a encore contestation sur la propriété, exclusive de la compétence du juge de paix, lorsque la contestation porte sur la contenance à laquelle chacune des parties a droit (2), ou lorsque l'un des plaideurs veut faire supporter à l'adversaire un déficit de contenance ou se faire attribuer tout le bénéfice d'un excédent (3).

Si le débat, sans mettre expressément en jeu le droit de propriété, s'élève sur les titres, c'est toujours le tribunal civil qui connaît de l'affaire (4). Ainsi, l'une des parties soutient que le titre de l'adversaire ne doit pas s'appliquer à la cause (5), ou qu'il attribue à l'héritage voisin une contenance excessive (6), ou encore que la signature apposée sur un plan contradictoire est fausse (7). Le titre est encore contesté, lorsque l'on vient prétendre que l'auteur de l'adversaire, n'étant pas propriétaire pour le tout, n'a pu transférer la propriété de la contenance totale portée au titre (8), ou lorsque l'une des parties veut restreindre l'arpentage aux deux propriétés contiguës, tandis que l'autre veut l'étendre à un périmètre plus étendu, aux fonds des arrière-voisins (9).

Lorsqu'on analyse avec soin les diverses contestations que font naître les titres, on y trouve toujours en jeu la question du droit de propriété, on y découvre, déguisée sous l'argument spécial d'un titre contesté, l'action en revendication.

915. Pour écarter la compétence du juge de paix, il faut, sur la propriété ou sur les titres, un débat sérieux (10) et non

(1) Cass., 19 mai 1863, S., 63. 1. 395, D., 63. 1. 214. — 3 janv. 1872, précité. — 5 août 1880, S., 80. 1. 468.

(2) Cass., 1er fév. 1842, S., 42. 1. 99. — 27 nov. 1865, S., 66. 1. 241.

(3) Aubry et Rau, II, § 199, p. 230.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(5) Cass., 26 mars 1879, S., 79. 1. 294.

(6) Cass., 15 juin 1880, S., 80. 1. 312, D., 80. 1. 262.

(7) Cass., 14 février 1875, S., 75. 1. 339.

(8) Aubry et Rau, II, § 199, p. 231.

(9) Aubry et Rau, II, § 199, p. 231.

(10) Cass., 3 mars 1903, S., 03. 1. 304 ; 7 fév. 1899, D., 99. 1. 301, S., 99. 1. 184 ; 3 mai 1897, D., 97. 1. 319, 16 mars 1880, D., 80. 1. 232; 2 janv. 1884, D., 84. 5. 104.

pas seulement une simple dénégation sans motif plausible. Il ne suffit pas de se dire propriétaire de telle ou telle parcelle, si l'on n'invoque ni titre, ni prescription, si l'on se contente de s'en référer à la possession respective des parties et aux indications du cadastre (1). En d'autres termes, le débat doit être motivé ; autrement on pourrait rendre facilement illusoire la compétence attribuée au juge de paix en matière de bornage. Toutefois, si la condition d'un débat sérieux est nécessaire, elle est aussi suffisante, et le juge n'a pas à apprécier la valeur, ni le bien fondé des motifs allégués (2).

916. Lorsque la contestation s'élève sur la propriété ou sur les titres, le juge de paix qui aurait été saisi de l'action devrait se déclarer, même d'office, incompétent (3).

Il doit se dessaisir et non pas seulement prononcer un simple sursis jusqu'au jugement à intervenir sur la difficulté soulevée (4).

Le tribunal civil, saisi de la question de propriété à raison de laquelle le juge de paix s'est déclaré incompétent, ne doit pas se borner à décider que l'une des parties a droit à telle portion de la pièce de terre litigieuse ; il doit en outre déterminer matériellement cette portion, et, par conséquent, fixer la ligne séparative des deux héritages, sauf aux parties à revenir devant le juge de paix pour l'exécution de l'opération matérielle du bornage, qui devra se faire en suivant la ligne tracée par le tribunal (5).

(1) Cass., 28 mars 1855, S., 55. 1. 729, D., 55. 1. 742; 16 mars 1880, S., 80. 1. 307; D., 80. 1. 232; 25 août 1880, S., 80. 1. 468, D., 81. 1. 64; 12 juin 1865, S., 65. 1. 307, D., 65. 1. 465; 10 avril 1866, S., 66. 1. 289, D., 66. 1. 380; 10 mai 1860, S., 61. 1. 159. — Si, toutefois, dans la question soulevée sur le droit de propriété, on était amené, à défaut d'autres présomptions, à invoquer comme preuve la situation des lieux, les indications du cadastre, qui apparaissent en dernière ligne, dans l'échelle des preuves du droit de propriété, il faudrait bien considérer la contestation comme suffisamment sérieuse.

(2) Cass., 15 déc. 1868, S., 69. 1. 32, D., 69. 1. 80. — On devrait considérer la contestation comme n'étant pas motivée si elle était contredite par un précédent jugement devenu définitif; le juge de paix ne devrait pas s'arrêter devant une semblable difficulté. — Cass., 3 mai 1897, précité.

(3) Cass., 4 fév. 1885, S., 86. 1. 212; 29 juil. 1884, D., 85. 1. 52; 18 juin 1884, S., 87. 1. 479, D., 85. 1. 213.

(4) Cass., 24 juil. 1860, S., 60. 1. 897, D., 60. 1. 320; 24 fév. 1875, S., 75. 1. 339.

(5) Cass., 18 juin 1884, précité.

Lorsque celui qui a soulevé la question de propriété devant le juge de paix se refuse à saisir le tribunal civil du litige, l'adversaire est autorisé à le faire lui-même et à demander qu'il soit statué (1).

Le débat qui déplace la compétence peut apparaître en tout état de cause (2); lorsqu'il est soulevé pour la première fois en appel, le tribunal civil, juge d'appel, doit, comme le juge de paix, se déclarer incompétent et se dessaisir de l'affaire (3).

§ III. *De l'exercice de l'action en bornage et de ses effets.*

917. L'action en bornage constitue pour les propriétaires voisins un acte de pure faculté; à ce titre elle est imprescriptible (art. **2232**), en ce sens qu'elle est recevable, alors même que deux fonds contigus seraient demeurés plus de trente ans sans avoir été l'objet d'un abornement. Mais, lorsque l'on procède au bornage, l'une des parties peut se prévaloir d'une possession trentenaire pour faire établir les pierres-bornes à la limite extrême du terrain usucapé, conséquence toute naturelle de cette idée que le bornage doit marquer la ligne séparative des deux « propriétés » (4).

918. « Le bornage se fait à frais communs », dit l'art. 646 *in fine* : ce qui signifie que les frais du bornage (frais d'achat, de taille et de pose des pierres...) doivent être supportés pour moitié par chaque propriétaire voisin, alors même que la propriété de l'un aurait une étendue beaucoup plus considérable que celle de l'autre. La raison en est que le bornage profite également aux deux voisins.

Toutefois on décide généralement que les frais d'arpentage, quand il y a lieu de procéder à cette opération, ne doivent pas être considérés comme des frais de bornage proprement dits, et qu'ils doivent en conséquence être supportés par

(1) Dijon, 3 mars 1898, D., 99. 2. 114.

(2) Cass., 10 déc. 1862, S., 63. 1. 260, D., 63. 1. 29.

(3) Cass., 8 août 1859, S., 60. 1. 49, D., 59. 1. 344; 16 mars 1870, S., 70. 1. 359, D., 72. 1. 190; 24 juillet 1860, S., 60. 1. 897, D., 60. 1. 324; 17 mai 1882, S., 84. 1. 103, D., 83. 1. 412; 9 nov. 1898, D., 99. 1. 102, S., 99. 1. 183.

(4) Aubry et Rau, III, § 199, p. 225; Demolombe, XI, n. 241.

chaque propriétaire proportionnellement à l'étendue de sa propriété (1). D'autre part, il est sans difficulté que les frais des contestations judiciaires auxquelles le bornage a pu donner lieu, doivent être mis à la charge de celui des deux voisins qui a succombé dans ces contestations (art. 130 C. pr.) (2).

919. Faute d'un texte qui l'y autorise, le juge français n'aurait pas le droit, comme le juge romain de l'action *finium regundorum*, d'adjuger à l'un des voisins, moyennant indemnité, une partie de la propriété de l'autre, pour arriver à une meilleure délimitation des héritages. Il ne pourrait même pas imposer aux voisins un échange de terrain dans le but de rectifier la ligne séparative de leurs héritages.

Une rectification exige le consentement des deux propriétaires (3), mais le juge de paix pourrait recevoir et constater tout contrat intervenu entre eux relatif aux bases du bornage (4).

920. Le bornage, en principe, a pour résultat de constater les droits antérieurs des parties ; il a donc un caractère déclaratif. Lorsqu'une des parties est obligée de restituer une parcelle de terrain, on doit appliquer, en ce qui concerne les fruits, la règle générale, et distinguer entre la possession de bonne ou de mauvaise foi.

Le procès-verbal de bornage devient un titre entre les parties, pour la preuve des contenances et des limites des héritages ; ce procès-verbal peut être signé par les parties, et alors il a la valeur d'un véritable contrat ; ou bien, si l'un des plaideurs refuse de l'accepter, il est homologué en justice et fait partie intégrante d'une décision judiciaire, susceptible d'être attaquée, suivant le droit commun, par les voies de recours ouvertes contre les jugements ; mais, quand la décision a acquis l'autorité de la chose jugée, le titre devient irrévocable. Le procès-verbal, dressé à la suite d'un accord

(1) Trib. Seine, 15 juillet 1896, *Le Droit*, 21 août 1896.

(2) Cependant le jugement qui nomme un expert, sur le refus de l'une des parties d'agréer l'expert proposé par l'autre, ne doit pas nécessairement retomber sur l'auteur de ce refus. Aubry et Rau, II, § 199, p. 228.

(3) Demolombe, XI, n. 274, considère avec raison que la rectification consentie n'est pas un échange proprement dit, un acte d'aliénation, mais plutôt un acte d'administration qu'un tuteur, par exemple, pourrait faire seul.

(4) Cass., 2 août 1875, S., 76. 1. 160.

volontaire, ayant la valeur d'un contrat, l'opération du bornage ne saurait être attaquée qu'en vertu d'une cause qui permettrait de porter atteinte à une convention, par exemple pour cause d'erreur (1). La convention, bien évidemment, doit être interprétée d'après l'intention des parties et si, par hasard, on s'était contenté de vouloir accomplir une opération purement matérielle de plantation de bornes, pour marquer la possession actuelle, sans fixer l'incertitude qui pouvait exister sur la véritable ligne divisoire, le procès-verbal ne fournirait pas un titre déterminant les contenances et les limites définitives des héritages.

921. Tant que les bornes subsistent, aucune autre opération d'abornement ne doit être effectuée, ainsi qu'on l'a déjà fait remarquer (2) et, se fût-il écoulé plus de trente ans après le procès-verbal, une nouvelle action en bornage ne pourrait être intentée (3). Toutefois, malgré le maintien des bornes, les constatations du procès-verbal peuvent être contredites par l'effet de l'usucapion, si l'un des propriétaires a acquis par prescription une partie du terrain au delà des bornes primitivement plantées (4). Si les bornes venaient à disparaître, chacun des intéressés aurait le droit de demander la remise des bornes, suivant les indications du procès-verbal, sans avoir besoin de recourir à un nouvel arpentage (5) ; la demande, toutefois, devrait être formée dans les trente ans depuis la disparition des bornes ; ce délai écoulé, le procès-verbal n'aurait plus de valeur, et l'action qui en résulte se trouverait éteinte, conformément à la règle générale de l'art. 2262 (6).

922. Remarquons enfin que le déplacement volontaire de bornes donne ouverture à une action possessoire dans l'année du trouble, alors même que la borne aurait été plantée par un seul des propriétaires sur son fonds et même à une pour-

(1) Douai, 21 fév. 1848, S., 48. 2. 523, D., 48. 2. 48.
(2) V. *supra*, n. 910.
(3) Cpr. cependant Demolombe, XI, n. 281.
(4) Aubry et Rau, II, § 199, p. 229.
(5) Cass., 11 août 1851, S., 52. 1. 645. — Et l'action serait de la compétence du juge de paix. — Cass., 15 déc. 1885, D., 86. 1. 367.
(6) Aubry et Rau, *loc. cit.*

suite correctionnelle, s'il s'agit de bornes placées contradictoirement entre les propriétaires intéressés (1).

SECTION III

DE LA CLOTURE

923. Aux termes de l'art. 647 : « *Tout propriétaire peut* » *clore son héritage* (2), *sauf l'exception portée en l'art.* 682 ».

Les mots qui terminent ce texte font allusion au droit de passage, que la loi permet au propriétaire d'un fonds *enclavé*, c'est-à-dire sans issue pour arriver à la voie publique, de réclamer sur les fonds voisins. Ceux-ci ne peuvent par la clôture se soustraire à cette servitude légale, pas plus qu'à l'exercice d'une servitude conventionnelle de passage, ou de toute autre servitude, comme celle d'écoulement des eaux (3).

D'ailleurs le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude de passage conventionnelle ou légale n'en conserve pas moins le droit de se clore, en ménageant aux deux extrémités du chemin qui traverse sa propriété une barrière dont il donnera la clef au propriétaire du fonds dominant (4). La clôture ne doit pas, en règle générale, rendre plus incommode l'exercice des servitudes auxquelles l'héritage se trouve assujetti et il appartient au juge du fait, suivant les espèces, de concilier la faculté de se clore, inhérente au droit de propriété, avec l'exercice des servitudes établies sur le fonds (5).

(1) Demolombe, XI, n. 246.

(2) On en a conclu fort justement que, malgré un usage local contraire, un propriétaire avait le droit d'élever un mur de clôture sur le bord extrême de son terrain. — Trib. Evreux, 19 février 1881, S., 81. 2. 247.

(3) Cass., 24 juin 1867, S., 67. 1. 325, D., 67. 1. 503.

(4) Arg. art. 701. — Caen, 20 janv. 1891, S., 91. 2. 202, D., 92. 2. 176; 15 fév. 1870, S., 70. 1. 300, D., 71. 1. 58. — Caen, 23 déc. 1871, S., 72. 2. 111, D., 72. 2. 407.

(5) Cass., 28 juin 1853, S., 54. 1. 57, D., 53. 1. 308. — Bordeaux, 4 mai 1832, S., 32. 2. 283, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 382. — Metz, 6 fév. 1857, S., 58. 2. 44, D., 57. 2. 196, ce dernier arrêt relatif à la défense de clore une cour commune. — Metz, 9 mars 1859, S., 60. 2. 410; 12 juill. 1859, D., 60. 2. 44, arrêts décidant que la clôture reste possible malgré la servitude de ne pas bâtir. — Cons. d'Etat, 24 janv. 1849, S., 49. 2. 255, D., 50. 3. 22, deux arrêts relatifs à la possibilité de clore les terrains bordant la mer. — Cass., 8 mars 1865, S., 65. 1. 108, D., 65. 1. 130, arrêt interdisant une clôture susceptible d'entraver le libre passage des bateaux même sur une rivière non navigable.

924. Dans notre ancienne jurisprudence, le droit naturel qui appartient à tout propriétaire de clore son héritage recevait une double entrave.

La première résultait du droit de chasse, appartenant au seigneur féodal ou haut justicier, qui pouvait être exercé même dans les parcs et jardins attenant aux habitations. Ce privilège disparut avec les autres dans la nuit du 4 août 1789.

La deuxième résultait des droits de parcours et de vaine pâture.

La *vaine pâture* est le droit réciproque que les habitants d'une même commune ont de faire paître leurs troupeaux ou bestiaux sur les héritages les uns des autres « où il n'y a ni semences, ni fruits, et qui d'après la loi ou l'usage ne sont point en défends ». Le butin, que les animaux peuvent ainsi recueillir est assez maigre, d'où l'expression de *vaine pâture* par opposition à l'expression de pâture *vive* ou *grasse*, qui s'exerce dans des terrains exclusivement affectés au pâturage. Grâce au droit de vaine pâture « les petits, les pauvres, les moins fortunés de nos communes rurales, peuvent entretenir les quelques têtes de bétail qu'ils possèdent et dont l'ensemble constitue une véritable richesse pour le pays ».

Le droit de *parcours*, qu'on appelle aussi *entre-cours* ou *marchage*, n'est pas autre chose que le droit de vaine pâture exercé respectivement par les habitants de deux communes voisines, ou en d'autres termes le droit de vaine pâture exercé de commune à commune.

D'après quelques-unes de nos anciennes coutumes, le droit de parcours ou de vaine pâture, dans les communes où il existait, faisait obstacle à ce qu'un propriétaire pût clore son héritage, parce que, par la clôture, il l'aurait soustrait au domaine de la vaine pâture ou du parcours. C'était une véritable servitude et une servitude fort onéreuse.

La loi du 6 octobre 1791, tout en maintenant les droits de vaine pâture et de parcours, supprima les entraves qu'ils apportaient au droit de clôture (1). Mais, comme le nombre

(1) Par ailleurs, cette loi avait implicitement confirmé les règles et usages qui permettaient aux propriétaires des fonds soumis à la vaine pâture de s'en affranchir sans qu'il fût besoin de les mettre en état de clôture. — Cass., 28 avril 1873, S.,

de têtes de bétail que chaque propriétaire pouvait envoyer au parcours ou à la vaine pâture était proportionnel à la quantité de terrain qu'il possédait, celui qui, par la clôture, soustrayait une partie de ses héritages au domaine commun, devait nécessairement voir son droit au parcours ou à la vaine pâture diminuer proportionnellement. C'est ce que décidait la loi du 6 octobre 1791, et c'est ce que décida après elle l'art. 648, ainsi conçu : « *Le propriétaire qui veut se clore* » *perd son droit au parcours et à la vaine pâture, en propor-* » *tion du terrain qu'il y soustrait* ».

Notre législateur, reproduisant sur ce point les dispositions de la loi de 1791, affranchit donc les fonds de la servitude dont ils étaient grevés par suite des droits de parcours et de vaine pâture, et on se demande comment une disposition qui proclame la liberté des héritages a pu trouver place dans le titre *Des servitudes*.

925. L'atteinte que les droits de parcours et de vaine pâture, même avec les tempéraments dont nous venons de parler, portaient au droit de propriété, était-elle suffisamment justifiée par des considérations d'intérêt général ? Notre nouveau législateur ne l'a pas pensé. Une loi du 9 juillet 1889 abolit le droit de parcours d'une manière absolue, sauf indemnité pour le cas où ce droit aurait été établi à titre onéreux. Cette même loi abolit le droit de vaine pâture en principe. Nous disons *en principe,* car elle en autorise le maintien sur la demande des conseils municipaux ou des particuliers intéressés. Et toutefois, en aucun cas, d'après l'art. 5, « *la vaine pâture ne peut s'exercer sur les prairies naturelles et artificielles* ».

A moins d'un an de date, les réclamations d'un certain nombre de conseils municipaux forçaient le législateur à retoucher son œuvre. On se plaignait surtout de l'abolition absolue du droit de vaine pâture sur les prairies naturelles. Pour donner satisfaction à ces réclamations, la loi du 22 juin 1890 a supprimé dans le texte critiqué (art. 5) les mots *prai-*

73. 1. 450, D., 74. 1. 174. — Du reste, le droit de vaine pâture ne peut exister que s'il est fondé sur un titre particulier ou autorisé par la loi ou par un usage local immémorial. — Cass., 11 février 1874, S., 74. 1. 487, D., 74. 1. 284.

ries naturelles, et du même coup le législateur a réalisé certaines améliorations en remaniant le texte des art. 2 et 12.

La matière est donc régie aujourd'hui par la loi du 9 juillet 1889 modifiée dans ses articles 2, 5 et 12 par la loi du 22 juin 1890 (1).

Nous allons parcourir rapidement les dispositions de cette loi.

I. *Droit de parcours*. Aux termes de l'art. 1er : « *Le droit de parcours est aboli. La suppression de ce droit ne donne lieu à indemnité que s'il a été acquis à titre onéreux. Le montant de l'indemnité est réglé par le conseil de préfecture, sauf renvoi aux tribunaux ordinaires en cas de contestation sur le titre* » (2).

II. *Droit de vaine pâture*. La loi distingue si ce droit a été établi à titre particulier sur un héritage déterminé, ou s'il appartient à la généralité des habitants, et s'applique en même temps à la généralité du territoire d'une même commune ou section de commune.

a. Le premier cas est régi par l'art. 12 de la loi, ainsi conçu : « *Néanmoins la vaine pâture, fondée sur un titre et établie sur un héritage déterminé* (3), *soit au profit d'un ou de plusieurs particuliers, soit au profit de la généralité des habitants d'une commune, est maintenue et continuera à s'exercer conformément aux droits acquis. Mais le propriétaire de l'héritage grevé pourra s'affranchir, soit moyennant une indemnité fixée à dire d'experts, soit par voie de cantonnement* ». Pour la définition du cantonnement, voyez *supra* n. 789.

Dans cette hypothèse, avant la loi de 1889, on décidait assez généralement que le propriétaire ne pouvait s'affranchir de la vaine pâture par le simple fait de clore sa pro-

(1) Il importe, pour l'application de ces lois, de ne pas confondre la vaine pâture avec des servitudes conventionnelles de pacage. Cass., 21 février 1893, D., 93. 1. 456. — Besançon, 16 juin 1891, D., 92. 2. 193. — Agen, 25 mars 1892, D., 92. 2. 193.

(2) Les tribunaux, en consultant les titres anciens, décident s'il existait ou non un droit de parcours, auquel s'applique l'art. 1 de la loi de 1889. Cass., 28 fév. 1899, D., 99. 1. 250.

(3) V. sur la nécessité de cette double condition Cass., 13 juin 1899, S., 1900, 1. 68.

priété (1). La loi nouvelle consacre très certainement cette solution (2).

b. En ce qui concerne le second cas, l'art. 2 de la loi dispose : « *Le droit de vaine pâture, appartenant à la généralité des habitants et s'appliquant en même temps à la généralité du territoire d'une commune ou d'une section de commune, cessera de plein droit un an après la promulgation de la présente loi* ».

L'article ajoute : « *Toutefois, dans l'année de cette promulgation, le maintien du droit de vaine pâture, fondé sur une ancienne loi ou coutume, sur un usage immémorial ou sur un titre, pourra être réclamé au profit d'une commune, ou d'une section de commune, soit par délibération du conseil municipal, soit par requête d'un ou plusieurs ayants droit adressée au préfet* (3). — *En cas de réclamation particulière, le conseil municipal sera mis en demeure de donner son avis dans les six mois; à défaut de quoi il sera passé outre. — Si la réclamation, de quelque façon qu'elle se soit produite, n'a pas été, dans l'année de la promulgation, l'objet d'une décision, conformément aux dispositions du paragraphe 1^er^ de l'art. 3 de la loi du 9 juillet 1889, la vaine pâture continuera à être exercée jusqu'à ce que cette décision soit intervenue* ».

Le conseil municipal peut demander le maintien, la suppression ou la restriction de la vaine pâture, mais il ne peut l'étendre, c'est-à-dire la rendre plus onéreuse pour les assujettis; par suite, lorsqu'une délibération a aggravé la servitude et entraîné un dommage pour les intéressés, il leur est dû réparation; la demande en dommages-intérêts est, d'ailleurs, de la compétence des tribunaux civils, puisqu'il s'agit d'une question de propriété (4).

(1) Cass., 28 juillet 1875, S., 76. 1. 462, D., 76. 1. 364. — Aubry et Rau, II, § 191, p. 176, note 19; Demolombe, XI, n. 228 s.; Proudhon, *Droits d'usage*, n. 339; Duranton, V, n. 265. — *Contra* cependant Merlin, *Rép.*, v° *Vaine pâture*, § 1; Laurent, VII, n. 445 s.

(2) Dijon, 22 fév. 1893, D., 94. 2. 354.

(3) Si les formalités ont été accomplies dans l'année qui a suivi la promulgation de la loi de 1889, il n'a pas été nécessaire de les renouveler après le vote de la loi de 1890. Cass., 17 fév. 1893, D., 95. 1. 248; Amiens, 9 août 1901, *Rec. Amiens*, 1901, 201.

(4) Besançon, 29 mars 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 542; Cass., 14 nov. 1900, D., 01. 1. 325.

Les art. 3 à 11 de la loi sont ainsi conçus :

ART. 3. *La demande de maintien, qu'elle émane d'un conseil municipal ou qu'elle émane d'un ou plusieurs ayants droit, sera soumise au conseil général, dont la délibération sera définitive si elle est conforme à la délibération du conseil municipal. S'il y a divergence, la question sera tranchée par décret rendu en conseil d'Etat. — Si le droit de vaine pâture a été maintenu, le conseil municipal pourra seul ultérieurement, après enquête* de commodo et incommodo, *en proposer la suppression, sur laquelle il sera statué dans les formes ci-dessus indiquées.*

ART. 4. *La vaine pâture s'exercera soit par troupeau séparé, soit au moyen du troupeau en commun, conformément aux usages locaux, sans qu'il puisse être dérogé aux dispositions des articles 647 et 648 du code civil et aux règles expressément établies par la présente loi.*

ART. 5. *Dans aucun cas et dans aucun temps, la vaine pâture ne peut s'exercer sur les prairies artificielles. — Elle ne peut avoir lieu sur aucune terre ensemencée ou couverte d'une production quelconque faisant l'objet d'une récolte, tant que la récolte n'est pas enlevée.*

ART. 6. *Le droit de vaine pâture, établi comme il est dit en l'art. 2, ne fait jamais obstacle à la faculté que conserve tout propriétaire, soit d'user d'un nouveau mode d'assolement ou de culture, soit de se clore. Tout terrain clos est affranchi de la vaine pâture. — Est réputé clos tout terrain entouré soit par une haie vive, soit par un mur, une palissade, un treillage, une haie sèche d'une hauteur d'un mètre au moins, soit par un fossé d'un mètre vingt centimètres à l'ouverture et de cinquante centimètres de profondeur, soit par des traverses en bois ou des fils mécaniques distants entre eux de trente-trois centimètres au plus s'élevant à un mètre de hauteur, soit par toute autre clôture continue et équivalente faisant obstacle à l'introduction des animaux.*

Les dispositions de la loi nouvelle, comme celles de la loi de 1791, ne doivent pas être étendues à des droits de pâturage qui n'auraient pas le caractère de la vaine pâture, par exemple au droit de pacage des secondes herbes. Les propriétaires

soumis alors à de semblables servitudes, fussent-elles acquises par prescription, ne sauraient s'en affranchir par la clôture de leurs fonds (1).

La rédaction de l'art. 6 a eu pour but de supprimer les difficultés de fait qui s'élevaient en pratique sur le point de savoir si les clôtures étaient ou non suffisantes (2).

ART. 7. *L'usage du troupeau en commun n'est pas obligatoire. — Tout ayant droit peut renoncer à cette communauté et faire garder par troupeau séparé le nombre de têtes de bétail qui lui est attribué par la répartition générale.*

ART. 8. *La quantité de bétail proportionnée à l'étendue du terrain de chacun est fixée dans chaque commune ou section de commune entre tous les propriétaires ou fermiers exploitants, domiciliés ou non domiciliés, à tant de têtes par hectare, d'après les règlements et usages locaux. En cas de difficulté, il est pourvu par délibération du conseil municipal soumise à l'approbation du préfet.*

ART. 9. *Tout chef de famille domicilié dans la commune, alors même qu'il n'est ni propriétaire ni fermier d'une parcelle quelconque des terrains soumis à la vaine pâture, peut mettre sur lesdits terrains, soit par troupeau séparé, soit dans le troupeau commun, six bêtes à laine et une vache avec son veau, sans préjudice des droits plus étendus qui lui seraient attribués par l'usage local ou le titre* (3).

ART. 10. *Le droit de vaine pâture doit être exercé directement par les ayants droit et ne peut être cédé à personne.*

ART. 11. *Les conseils municipaux peuvent toujours, conformément aux art. 68 et 69 de la loi du 5 avril 1884, prendre des arrêtés pour réglementer le droit de vaine pâture, notamment pour en suspendre l'exercice en cas d'épizootie, de dégel ou de pluies torrentielles, pour cantonner les troupeaux de différents propriétaires ou les animaux d'espèces différentes,*

(1) Cass., 29 déc. 1840, S., 41. 1. 74; 23 mai 1855, S., 57. 1. 123; 27 avril 1859, S., 61. 1. 171, V. *supra*, p. 626, note 1.

(2) Cpr. Cass., 29 mars 1841, S., 41. 1. 461, D. *Rép.*, v° *Dr. rural*, n. 59; 1er mars 1865, S., 65. 1. 213, D., 65. 1. 42.

(3) Ce n'est là qu'un minimum; le conseil municipal, lorsque les habitants ne peuvent envoyer des vaches, est libre d'accorder à tout habitant le droit d'envoyer neuf moutons. — Cons. d'Etat, 7 fév. 1902, D., 03. 3. 70.

pour interdire la présence d'animaux dangereux ou malades dans les troupeaux.

Mentionnons enfin l'article 13 de la loi, aux termes duquel :

« *Le ban des vendanges ne pourra être établi ou même maintenu que dans les communes où le conseil municipal l'aura ainsi décidé par délibération soumise au conseil général et approuvée par lui. — S'il était établi ou maintenu, il est réglé chaque année par arrêté du maire. — Les prescriptions de cet arrêté ne sont pas applicables aux vignobles clos de la manière indiquée par l'article 6* ».

CHAPITRE III

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI

926. « *Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'uti-* » *lité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers* » (art. 649).

Il y a donc des servitudes légales d'utilité publique, et des servitudes légales d'utilité privée.

927. Les premières n'appartiennent pas au cadre du droit civil. C'est ce que dit l'art. 650, qui donne en même temps quelques exemples de ces servitudes : « *Celles établies pour* » *l'utilité publique ou communale ont pour objet le marche-* » *pied le long des rivières navigables ou flottables, la cons-* » *truction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics* » *ou communaux. — Tout ce qui concerne cette espèce de ser-* » *vitude est déterminé par des lois ou règlements particu-* » *liers* ».

La loi désigne ici, sous l'unique dénomination de *marche-pied,* la double servitude de hâlage et de marchepied établie dans l'intérêt de la navigation sur les rives des cours d'eau navigables ou flottables (*supra*, n. 380). C'est une servitude d'utilité publique limitée par son objet même. Etablie dans l'intérêt de la navigation, elle n'est due que pour ce genre de service ; l'usage du chemin de hâlage et du marchepied n'est,

en principe, rigoureusement permis qu'aux bateliers, pour les nécessités de leur profession (1).

Il n'est peut-être pas aussi facile de dire au juste quelles sont les servitudes auxquelles le législateur fait allusion par ces mots assez vagues : celles qui ont pour objet « la cons- » truction ou réparation des chemins ou autres ouvrages » publics ou communaux ». Il songeait sans doute au droit qui appartient aux agents de l'administration, de fouiller dans les terrains privés pour en extraire les matériaux nécessaires à la construction des chemins publics, droit qui est consacré par la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, titre I, section VI, art. 1. Comme exemple de servitude d'utilité communale, on peut citer la servitude *altius non tollendi,* imposée aux propriétaires qui veulent construire dans l'intérieur de la ville de Paris. La hauteur des constructions est limitée à vingt mètres au maximum et le nombre des étages à sept (décret du 23 juillet 1884).

L'art. 650 est loin d'être limitatif; l'énumération complète des servitudes d'utilité publique ou des restrictions apportées à la propriété dans l'intérêt général serait assez longue. Il suffit ici d'indiquer sommairement la plupart de ces charges (2), sans entrer dans leur étude détaillée, laquelle ressortit au droit administratif. Des servitudes diverses sont établies sur les propriétés bordant la voie publique : ainsi, en dehors de la réglementation des constructions dans les villes, on peut citer les règles qui concernent les plantations sur les routes (3), et au bord des routes et des chemins; l'obligation d'étalage (4); celles qui interdisent d'ouvrir une carrière à une distance trop rapprochée des routes (5); la servitude de passage imposée aux riverains d'un chemin public devenu impraticable (6); les charges nombreuses qui résultent du voisinage des chemins

(1) Demolombe, XI, n. 301.

(2) On pourra du reste rapprocher de cette liste une énumération analogue présentée *supra*, n. 212.

(3) Loi du 9 vent. an XIII, et Décr. du 16 déc. 1811, art. 88 s.

(4) Edit de déc. 1607, ord. 1669, art. 1 et 3.

(5) Déclaration du roi, 17 mars 1780; loi du 21 avril 1810 et loi du 27 juillet 1880.

(6) Loi des 28 septembre-6 octobre 1871, art. 41.

de fer (1). Il y a par ailleurs toute une série de servitudes militaires (2); d'autres relatives à la conservation des bois et forêts (3); d'autres qui concernent l'exploitation des mines (4), la protection ou l'exploitation des sources d'eaux minérales ou thermales (5); celles qui résultent du voisinage des cimetières (6); enfin celles établies par la loi du 2 avril 1898 sur le *Régime des eaux* pour la rectification ou le curage des petits cours d'eaux.

Ce ne sont pas seulement les propriétés des particuliers qui subissent ces charges. Le domaine privé de l'État, des départements ou des communes et même le domaine public s'y trouvent également soumis. Ces servitudes sont, en principe, supportées sans donner lieu à une indemnité ; dans certains cas seulement, la loi accorde expressément aux propriétaires grevés la réparation du préjudice causé.

L'utilité publique, qui motive l'existence de ces charges, empêche que l'on puisse, par convention, déroger aux lois qui les établissent.

928. Venons aux servitudes légales d'utilité privée. L'art. 651 nous en donne une idée assez inexacte quand il dit : « *La » loi assujettit les propriétaires à différentes obligations, l'un » à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention* ». Cette disposition permettrait de définir les servitudes légales dont il est ici question : *des obligations résultant du voisinage*, et conduirait à dire que ces servitudes sont des droits *personnels*. Mais la place que le législateur leur a assignée, dans le titre *Des servitudes*, proteste au besoin contre le nom qu'il leur donne. Nous en avons déjà fait la remarque (*supra*, n. 818). Répétons ici que les servitudes légales, comme les servitudes naturelles et les servitudes résultant du fait de l'homme, constituent des droits *réels*.

(1) Loi du 15 juillet 1845; art. 3, 5, 6, 7 et 8.

(2) Règlement d'administration publique du 16 août 1853, loi du 3 avril 1841, lois des 8-18 juillet 1791, 17 juillet 1819, 10 juillet 1851, 7 avril 1851; Décr. du 31 juillet 1861, 15 mars 1862, 3 mars 1874, 3 sept. 1878; loi du 3 juillet 1877.

(3) Art. 124, 133, 219 du code forestier.

(4) Loi du 21 avril 1810.

(5) Loi du 14 juillet 1856.

(6) Décret du 23 prairial an XII, 7 mars 1808.

Aux termes de l'art. 652 : « *Partie de ces obligations est* » *réglée par les lois sur la police rurale ; — Les autres sont* » *relatives au mur et au fossé mitoyens, au cas où il y a lieu* » *à contre-mur, aux vues sur la propriété du voisin, à l'égout* » *des toits, au droit de passage* ».

Le code civil ne s'occupe pas des lois sur la police rurale, dont parle l'alinéa 1 de notre article. L'alinéa 2 est une table des matières que va traiter le législateur : elle correspond, à très peu de chose près, à la rubrique des cinq sections dont se compose notre chapitre.

Une loi, en date du 20 août 1881, a modifié profondément plusieurs articles de notre section. Elle est intitulée : « *Loi ayant pour objet le titre complémentaire du titre* I^er^ *du Code rural, portant modification des articles du Code civil relatifs à la mitoyenneté des clôtures, aux plantations et aux droits de passage en cas d'enclave* ». Nous transcrivons un passage du rapport de M. Léon Clément au Sénat, qui indique très nettement le but de cette loi : « Les articles que l'on vous propose de modifier appartiennent tous aux sections 1 et 5 du chapitre II du titre IX du livre II du code civil, chapitre intitulé : *Des servitudes établies par la loi*. Les remaniements qu'on vous demande d'apporter à ces articles ne sont pas de nature à effrayer beaucoup ceux qui, par respect pour le plus important de nos codes, tiennent à le défendre contre de téméraires innovations et à maintenir l'intégrité de son texte. Il ne s'agit en effet, dans la plupart des cas, que de faire entrer dans les termes de la loi des solutions déjà admises par la jurisprudence, et de préciser plus clairement les droits et les obligations des propriétaires voisins, afin de diminuer autant que possible les occasions trop fréquentes de querelles entre eux. La seule innovation véritable que contienne le projet concerne la distance à observer pour les plantations, et encore on ne vous propose qu'un mode différent dans l'application du même principe ».

Nous allons rencontrer bientôt les différents articles modifiés par la loi nouvelle.

929. *Disparition des anciennes servitudes légales non maintenues par le code.* — Les servitudes légales ne pouvant exis-

ter qu'en vertu d'un texte formel, les anciennes servitudes coutumières, dont ne parlent ni les lois sur la police rurale, ni le code civil, doivent être considérées comme abolies. Il en est ainsi de l'usage qui autorisait un propriétaire de tourbières à étendre au besoin les matières extraites sur le fonds du voisin, moyennant indemnité (1). De même, le propriétaire d'un arbre fruitier, dont les branches s'étendent sur le fonds voisin, ne peut plus exiger, même moyennant indemnité, le passage sur ce fonds pour la récolte des fruits qui ne pourraient être récoltés autrement (2). L'argument que l'on a voulu, en sens contraire, tirer de l'art. 682, et que nous retrouverons bientôt à propos de l'ancienne servitude de tour d'échelle, n'a pas une valeur bien sérieuse ; on oublie, en effet, que l'art. 673 C. civ. donne au propriétaire voisin un droit difficile à concilier avec celui que l'on veut accorder au propriétaire de l'arbre.

Dans le silence du code, on doit encore considérer comme abolie la servitude admise dans quelques coutumes, sous le nom d'*échellage* ou de *tour d'échelle* (3). Elle permettait au propriétaire d'un bâtiment de passer sur l'héritage du voisin et d'y appuyer une échelle pour les réparations du bâtiment. La servitude, d'une utilité manifeste pour l'entretien de la toiture, était même d'une nécessité impérieuse pour les toitures en paille ou en chaume, afin de pouvoir placer dans le sens convenable la paille destinée à couvrir la maison. Comme elle n'a pas été maintenue par le code, un propriétaire ne peut plus aujourd'hui, même moyennant indemnité, obliger, sur son refus, le voisin à lui livrer passage pour l'entretien d'un bâtiment, quelque utilité que présente ce passage, alors même que les réparations nécessaires deviendraient impossibles (4). On ne saurait invoquer, en sens contraire, l'art. 682

(1) Cass., 21 avril 1813, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 31.

(2) Bastia, 3 mars 1856, S., 56. 2. 202, D., 56. 2. 85 ; Aubry et Rau, III, § 238, p. 4 ; Demolombe, XI, n. 513. — Toutefois Aubry et Rau accordent le droit de passage, moyennant indemnité.

(3) Grenoble, 17 mai 1870, S., 71. 2. 99, D., 71. 2. 251. — Poitiers, 17 fév. 1875, S., 75. 2. 233. — Bordeaux, 24 janv. 1882, S., 82. 2. 112 ; Aubry et Rau, III, § 238, p. 4 ; Demolombe, XI, n. 423 ; Laurent, VIII, n. 117.

(4) Bruxelles, 28 mars 1823, S. chr. — Poitiers, 17 fév. 1875, précité. — Cpr. Bor-

C. civ., la difficulté des réparations n'ayant rien de commun avec l'état d'enclave. Du reste, l'obstacle absolu apporté à l'entretien du bâtiment se rencontrera très rarement, en fait, avec les nouveaux systèmes de toitures; il n'y aura guère que des difficultés plus ou moins grandes, résultant de la négligence ou de l'imprudence du constructeur.

Le tour d'échelle ne doit donc être accordé dans aucune hypothèse, ni comme accessoire d'une servitude d'égout du bâtiment sur le fonds voisin (1), ni pour la réparation d'un mur de clôture situé dans une ville ou dans un faubourg où la clôture est forcée (2). Il appartient au constructeur de prendre ses précautions pour effectuer dans l'avenir les réparations nécessaires. Il devra au besoin stipuler une servitude conventionnelle et établir par titre le droit de passage qui n'existe pas comme servitude légale; il pourra, aussi, ménager sur son propre terrain un espace suffisant pour lui permettre de faire le tour du bâtiment, en éloignant la maison de la ligne séparative des héritages; propriétaire alors du terrain, il sera libre, non seulement d'y passer pour les réparations, mais encore d'en user comme il lui conviendra. Toutefois, il agira prudemment en se créant des preuves certaines de son droit de propriété sur le terrain adjacent; il n'existe plus en effet de présomption semblable à celle que connaissait le droit écrit (*Investison* ou *Invetison*), d'après laquelle le propriétaire d'un bâtiment était présumé s'être réservé la propriété d'une bande de terrain autour de la maison (3).

Si les règles anciennes relatives à l'*Investison* ou à la servitude d'*échelage* ne sont plus aujourd'hui applicables aux constructions postérieures au code, n'ont-elles pas au moins conservé leur effet à l'égard des bâtiments antérieurement édifiés? Sans aucun doute, on devrait respecter une servitude d'échelage autrefois établie par titre (4) ou en vertu d'une

deaux, 20 déc. 1836, S., 38. 2. 132, D., 38. 2. 69. — Aubry et Rau, III, § 238, p. 3. note 10 *in fine*.

(1) Cpr. Bordeaux, 20 décembre 1836, précité.

(2) Toullier, III, n. 559. — *Contra* Duranton, V, p. 316; Pardessus, *Servit.*, I, n. 228.

(3) Laurent, VIII, n. 116.

(4) Cpr. Dijon, 21 novembre 1867. S., 68. 2. 150.

prescription déjà accomplie au moment de la promulgation du code. Mais il est permis d'aller plus loin : la présomption de propriété, dans les pays où elle était admise, conserve son empire au profit du propriétaire d'un bâtiment construit avant 1804 ; dans les mêmes conditions, la servitude légale de tour d'échelle subsisterait encore dans le ressort des anciennes coutumes qui en consacraient l'existence (1).

SECTION PREMIÈRE

DE LA MITOYENNETÉ

930. On trouve dans le code une section avec cette rubrique : *Du mur et du fossé mitoyens.* Mais le législateur ne s'y occupe pas seulement de la mitoyenneté des murs et des fossés ; il traite aussi de la mitoyenneté des haies, et même de toutes les autres clôtures, depuis la loi du 20 août 1881 (nouveaux art. 666 à 670). Ensuite, à propos de la mitoyenneté des murs, il parle de la clôture forcée (art. 653) et du cas où les divers étages d'une même maison appartiennent à divers propriétaires (art. 664). Enfin il traite de la distance à observer pour les plantations (art. 671 à 673).

931. Définition de la mitoyenneté. — La mitoyenneté est une communauté avec indivision forcée. Cette définition, qui est acceptée par la plupart des auteurs (2), demande quelques explications.

La communauté est l'état de choses existant entre plusieurs personnes, qui ont un droit de copropriété sur une même chose indivise entre elles : comme si un même immeuble a été légué à *Primus* et à *Secundus* sans que le testateur en

(1) Poitiers, 17 février 1875, S., 75. 2. 223. — Demolombe, XI, n. 422. — *Contra* Aubry et Rau, II, § 238, p. 3, note 18 ; Laurent, VIII, n. 119 considère la solution comme très douteuse pour la servitude d'échelage, que l'on considérait dans les anciennes coutumes comme simple *patience* plutôt que comme un *droit* véritable.

(2) Aubry et Rau, II, § 222, p. 419 ; Demolombe, XI, n. 310 ; Laurent, VII, n. 494. — Les règles inscrites dans le code, notamment l'art. 657, ne permettent pas d'accueillir une ancienne opinion reproduite par quelques auteurs (Toulier, III, n. 183 ; Taulier, II, p. 378) d'après laquelle la propriété du mur serait divisée par moitié dans le sens de l'épaisseur, chacun étant propriétaire exclusif de la moitié du mur située de son côté.

ait opéré la division entre eux. Le droit de chacun des communistes porte, non pas sur une partie *divise* de la chose, c'est-à-dire sur une portion matériellement déterminée, mais sur chacune des molécules dont l'agrégation constitue la chose tout entière.

L'indivision qui résulte de la communauté est le plus souvent une source de difficultés et de querelles entre les divers communistes : *discordias solet parere communio*. Elle est un obstacle aussi à la bonne administration et à l'amélioration des biens auxquels elle s'applique : l'initiative de l'un sera paralysée par le mauvais vouloir de l'autre ; *qui a compagnon a maître!* dit Loysel. Aussi notre législateur autorise-t-il chacun des propriétaires à demander le partage de la chose commune, et il prohibe même, comme contraire à l'ordre public, toute convention ou prohibition qui devrait avoir pour résultat de perpétuer l'indivision (art. 815). Ces principes souffrent exception au cas de mitoyenneté. L'un des copropriétaires de la chose mitoyenne n'a pas le droit d'en exiger le partage (arg. art. 656) : partager la chose, ce serait la détruire. Ainsi deux voisins construisent à frais communs un mur pour séparer leurs jardins qui sont contigus. Le mur est mitoyen ; chacun des voisins a un droit de copropriété sur chaque partie du mur, qui se trouve ainsi indivis entre eux, et qui restera tel indéfiniment, aucun des voisins n'ayant le droit de demander qu'il soit mis fin à l'indivision par un partage.

Telle est la principale différence entre la mitoyenneté et la communauté : dans la communauté ordinaire, l'un des communistes peut exiger qu'il soit mis fin à l'indivision par un partage, il le peut nonobstant prohibitions et conventions contraires (art. 815). Ce droit n'appartient pas aux communistes dans la communauté particulière qui constitue la mitoyenneté.

Il y a d'autres différences, que nous ne faisons qu'indiquer ici, et qui s'éclairciront par les détails dans lesquels nous entrerons bientôt. Notamment, la mitoyenneté diffère de la communauté :

1° En ce qui concerne la manière de la prouver (voyez art. 653) ;

2° En ce qui regarde les droits des copropriétaires. La mitoyenneté autorise chacun des copropriétaires à faire subir à la chose, sans le consentement de l'autre, des modifications ou même des transformations qu'il n'aurait pas le droit d'effectuer s'il y avait communauté ordinaire. Notamment, le copropriétaire d'un mur mitoyen peut le surélever sans le consentement de l'autre, et le reconstruire en entier à cette fin si c'est nécessaire ;

3° En ce que la mitoyenneté suppose nécessairement deux héritages contigus appartenant à des propriétaires différents (1). Il en est autrement de la communauté.

932. On pourra maintenant facilement comprendre les diverses étymologies qui ont été proposées du mot *mitoyenneté*. D'après les uns, il serait dérivé de *moi* et *toi*, parce que la chose mitoyenne appartient à moi et à toi. On fait remarquer en ce sens qu'on disait autrefois *metoyen* et même *moitoyen*. D'après d'autres, *mitoyenneté* viendrait du vieux mot français *mitan*, qui se trouve encore dans le patois de plusieurs localités, et qui signifie *milieu*, *moitié* (2).

§ I. *Du mur mitoyen.*

933. Les règles de la mitoyenneté des murs ont été, pour la majeure partie, empruntées aux coutumes de Paris et d'Orléans, dont les dispositions se trouvent ainsi offrir une importance particulière pour l'interprétation de cette partie du code civil. Le droit romain n'offrait que peu de matériaux à exploiter. En effet, un mur ne peut être mitoyen qu'à la condition d'être construit sur la ligne séparative de deux héritages ; or, d'après la législation romaine, un propriétaire ne pouvait construire qu'à la distance d'un pied de l'héritage voisin, s'il s'agissait d'un mur de clôture, et de deux pieds, s'il s'agissait d'une maison (l. 13, D., *Fin. reg.*). L'espace qui

(1) Cass., 17 mars 1891, S., 92. 1. 545, D., 92. 1. 25.

(2) M. Planiol, *op. cit.*, 1226, indique une étymologie qui paraît plus exacte ; la forme ancienne du mot est *moitoien*, lequel se rattache à l'expression moitié, comme le mot « métairie », « métayer ». Le mur mitoyen, ajoute M. Planiol, est celui qui appartient par moitié à deux propriétaires, de même que le métayer est celui qui a la moitié des fruits de la terre.

existait ainsi entre une construction et l'héritage voisin, portait le nom d'*ambitus* et les maisons celui d'*insulæ*, parce que chaque maison, étant isolée de la maison voisine, formait une sorte d'île. Dans ces conditions, la mitoyenneté des murs ne pouvait constituer qu'un fait exceptionnel, si tant est qu'elle fût connue à Rome.

A. *Quels murs sont mitoyens.*

934. « Un mur est mitoyen, dit Pothier, lorsque deux voisins l'ont fait construire à frais communs sur les confins de leurs deux héritages, ou lorsque l'un seul l'ayant fait construire, l'autre en a acquis la mitoyenneté ». Il faut donc, pour qu'un mur soit mitoyen : 1° qu'il soit construit sur la limite de deux héritages contigus [1] ; 2° que les deux voisins l'aient construit à frais communs, ou, si le mur a été construit par un seul, que l'autre en ait acquis la mitoyenneté.

Un mur peut être mitoyen, en tout ou en partie, la mitoyenneté étant limitée en longueur ou en hauteur [2].

Prouver que le mur est construit sur la ligne séparative des deux héritages contigus, sera ordinairement chose facile. Mais la preuve que le mur a été construit à frais communs, ou que l'un des voisins en a acquis la mitoyenneté de l'autre, qui l'a construit exclusivement à ses frais, aurait pu, dans bien des cas, en l'absence d'un titre authentique ou privé, offrir de graves difficultés, surtout pour des murs de construction ancienne. Aussi le législateur a-t-il établi des présomptions de mitoyenneté qui, la plupart du temps, dispenseront de toute preuve celui des voisins auquel l'autre conteste la mitoyenneté du mur, en s'en prétendant le propriétaire exclusif ; on a ainsi tari par avance une source féconde de procès. Comme toutes les présomptions, celles-ci sont basées sur des probabilités : *præsumptio sumitur ex eo*

[1] Cass., 17 mars 1891, précité. — Le mur cesse d'être mitoyen lorsque l'un des héritages est incorporé au domaine public ; mais, si le mur n'a pas été réuni lui-même au domaine public, il est soumis aux règles de la copropriété. Cass., 20 fév. 1900, D., 1900. 1. 313 ; S., 01. 1. 41 ; 14 juin 1895, D., 95. 1. 508 ; 14 février 1876, D., 77. 1. 327 ; 7 avril 1875, D., 75. 1. 381 ; Trib. Seine, 15 avril 1893, *Gaz. Trib.*, 7 juillet 1893.

[2] V. *infra*, n. 956.

quod plerumque fit. Comme toutes les présomptions aussi, elles doivent être sévèrement restreintes aux cas en vue desquels le législateur les a établies ; car les présomptions sont des exceptions au droit commun, et les exceptions sont de stricte interprétation.

1° *Présomptions de mitoyenneté.*

935. Les présomptions de mitoyenneté, en ce qui concerne les murs sont établies par l'art. 653, ainsi conçu : « *Dans les* » *villes et les campagnes, tout mur servant de séparation* » *entre bâtiments jusqu'à l'héberge ou entre cours et jardins,* » *et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen,* » *s'il n'y a titre ou marque du contraire* ».

Un mur est construit sur la limite de deux héritages ; les deux voisins en retirent un profit. Il est très probable que le mur leur appartient en commun, qu'il est mitoyen. En effet, de deux choses l'une : ou bien le mur a été utile aux deux voisins dès l'origine, par exemple lorsqu'ils ont construit à la même époque leurs deux maisons en les adossant à un même mur qui sert de séparation entre elles, et alors il est naturel de supposer que les deux voisins, ayant le même intérêt à la construction du mur, l'ont fait à frais commun *(is fecit cui prodest)* ; ou bien à l'origine le mur n'offrait d'utilité que pour l'un des voisins, et alors il a dû le construire exclusivement à ses frais ; mais le jour où l'autre voisin a voulu se servir du mur, par exemple pour y adosser sa maison, il a dû en acquérir la mitoyenneté, car sans cela le propriétaire du mur se serait probablement opposé à ce qu'il s'en servît. Cette double circonstance, que le mur sépare deux héritages et qu'il procure un avantage aux deux voisins, rend donc la mitoyenneté infiniment probable. Notre article érige cette probabilité en une présomption.

936. Cela posé, étudions les principales présomptions établies par notre article. Sont présumés mitoyens :

1° Tout mur *servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge*. Deux bâtiments contigus sont séparés par un même mur. S'ils ont tous les deux la même hauteur, le mur est présumé mitoyen jusqu'à son sommet. Si les deux bâtiments sont

de hauteur inégale, le mur n'est présumé mitoyen que jusqu'au point où les deux voisins peuvent profiter l'un et l'autre du mur commun, c'est-à-dire jusqu'à la ligne formée par l'arête des constructions les moins élevées, ligne qui est marquée par le toit de ces dernières. Tel est le sens de ces mots *jusqu'à* l'HÉBERGE (1) qui signifient jusqu'au *toit*, et entendez jusqu'au toit du bâtiment le moins élevé. En effet, toute la partie du mur qui dépasse le toit de ce bâtiment est inutile au propriétaire de ce dernier, et il n'y a pas de motif pour présumer qu'il ait contribué aux frais de sa construction ou qu'il en ait acquis la mitoyenneté.

La partie du mur qui dépasse le toit le moins élevé est réputée, en principe, appartenir au propriétaire du bâtiment le plus haut, alors même que le mur dépasserait la maison la plus élevée ; mais si les deux bâtiments étaient de même hauteur et si le mur les dépassait l'un et l'autre, on devrait le considérer comme mitoyen dans toute sa hauteur.

D'ailleurs les mots *entre bâtiments* qu'emploie notre article, sont des plus généraux, et on doit en conclure que la présomption de mitoyenneté existe, quelle que soit la nature des bâtiments séparés par le mur commun ; ainsi le mur qui sépare une maison d'une grange serait présumé mitoyen.

2° Les murs *servant de séparation entre cours et jardins*: ce qu'il faut entendre en ce sens que la présomption de mitoyenneté existe soit pour le mur qui sépare deux cours, soit pour celui qui sépare deux jardins, soit pour celui qui sépare une cour d'un jardin (2).

Suivant l'opinion générale, les murs entre cours et jardins sont présumés mitoyens, même quand il n'y a qu'un seul des héritages en état de clôture. Si la présomption de mitoyenneté n'avait lieu, comme le pensent quelques-uns, qu'entre jardins et cours entièrement clos l'un et l'autre, notre disposition n'aurait aucune utilité, en présence de celle qui suit immé-

(1) Le mot *héberge* est tombé en désuétude; mais nous avons encore le mot *héberger*, qui veut dire ; recevoir sous son *héberge*, c'est-à-dire sous son toit. Cpr. Pau, 9 janv. 1888, D., 89. 2. 224.

(2) V. Cpr. Cass., 25 avril 1888, S., 88. 1. 380, D., 88. 1. 262.

diatement, et d'après laquelle les murs séparant des terrains clos sont présumés mitoyens.

Les présomptions édictées pour les deux premières hypothèses reçoivent leur application dans les villes, comme dans les campagnes.

3° Tout mur servant de séparation *même entre enclos dans les champs,* ce qui signifie : *entre enclos même dans les champs.* La présomption de mitoyenneté n'existe plus lorsqu'il n'y a qu'un seul des héritages en état de clôture. En effet, dans cette hypothèse, le mur ne profite qu'au propriétaire de l'héritage clos de tous les côtés. Quel intérêt offre-t-il pour le voisin, dont l'héritage est ouvert à tout venant? D'après la règle *Is fecit cui prodest,* on ne pouvait donc pas supposer que ce dernier eût contribué à la construction du mur, ni, par suite, le présumer mitoyen.

Si l'on se trouvait en présence d'un mur unique entre deux fonds, dans les champs, sans qu'aucun des héritages ne fût clos, on ne pourrait appliquer à cette hypothèse aucune des présomptions de l'art. 653; il appartiendrait à celui qui voudrait en profiter de fournir la preuve de la mitoyenneté.

Mais la présomption de mitoyenneté existe toutes les fois que les héritages séparés par le mur sont clos l'un et l'autre, alors même que l'un serait entièrement entouré de murs et que l'autre serait fermé en partie par d'autres clôtures. *Lex non distinguit.*

937. Telles sont les présomptions de mitoyenneté établies par notre article. Nous avons dit qu'elles doivent recevoir l'interprétation restrictive. Il faut en conclure, malgré les doutes que l'on a élevés sur ce point, que le mur qui sépare une maison d'une cour ou d'un jardin, n'est pas présumé mitoyen. La loi dit *entre bâtiments ;* puis *entre cours et jardins ;* mais elle ne dit pas : *entre un bâtiment et une cour ou un jardin.* D'ailleurs le propriétaire de la cour ou du jardin n'a pas eu le même intérêt à la construction du mur que le propriétaire de la maison, et par conséquent le motif de la loi manque ici non moins que son texte (1). Cette solution nous paraît

(1) Cass., 12 mai 1886, S.. 88. 1. 206.

devoir être maintenue, mais ce point est plus délicat, même dans le cas où il s'agirait d'héritages situés dans un lieu (ville ou faubourg) où la clôture est obligatoire sur la demande de l'un des voisins (1).

938. On ne doit pas davantage appliquer les présomptions de l'art. 653 au mur servant de soutènement à une terrasse, car il ne remplit pas cette condition légale de servir de « séparation » aux héritages. Sa destination est toute différente, et on doit le considérer comme appartenant au propriétaire de la terrasse. Si, toutefois, le mur dépassait le niveau de la terrasse soutenue, on devrait le considérer comme mitoyen dans toute sa hauteur, à la condition qu'il fût assez élevé pour empêcher toute vue sur le fonds inférieur et remplir le rôle d'un véritable mur de clôture ; s'il ne dépassait que légèrement le niveau de la terrasse, à hauteur d'appui, ce serait toujours un mur de soutènement soustrait aux présomptions de l'art. 653 (2).

939. Malgré le principe d'interprétation étroite que commande l'art. 653, il est permis de se rallier à la solution d'un arrêt récent de la cour de cassation, aux termes duquel la mitoyenneté, pouvant découler de toute preuve de droit commun, pourrait être établie par une présomption autre que celles de l'art. 653, d'après l'état des lieux et les constatations de l'expertise (3). Cette solution, très subtile, paraît assez logiquement déduite des principes posés sur la preuve du droit de propriété ou de copropriété (4).

(1) Aubry et Rau, II, § 222, p. 421, note 9; Demolombe, XI, n. 323; Laurent, VII, n. 526. — Cass., 4 juin 1845, S., 45. 1. 824. — Pau, 7 fév. 1862, S., 62. 2. 499; Besançon, 29 nov. 1899, D., 00. 2. 317. — *Contra* Merlin, *Rép.*, v° *Mitoyenneté*, § 1, n. 3; Delvincourt, I, p. 394 et 395; Pardessus, I, n. 160; Toullier, III, n. 187.

(2) Aubry et Rau, II, § 222, p. 421, texte et note 10. — Cass., 25 avril 1888, D., 89. 1. 262. — Riom, 10 déc. 1891, D., 93. 2. 437. — Orléans, 1er décembre 1848, S., 49. 2. 593. — Bordeaux, 18 mai 1858, S., 59. 2. 177. — Trib. civ. Evreux, 7 janv. 1896, *La Loi*, 30 janv. 1896. — Cpr. Demolombe, XI, n. 330; Demante, II, n. 507 *bis*, IV, 517 *bis*, V et VI.

(3) Cass., 11 juin 1881, S., 83. 1. 401, D., 83. 1. 259.

(4) Une objection assez grave se présente toutefois à l'esprit : le code a réglementé d'une façon expresse la preuve de la mitoyenneté, il a pris soin de créer des présomptions légales, pour diminuer le nombre des procès, dans un but d'intérêt public. Est-il permis dès lors d'ajouter aux prescriptions de la loi, de franchir les

940. Une remarque générale concerne toutes les présomptions de l'art. 653. Lorsqu'il s'agit d'en faire l'application, il convient de considérer non l'état actuel des bâtiments ou des fonds, mais bien celui qui existait au moment de la construction du mur, si toutefois l'état actuel ne remonte pas à plus de trente ans. Ainsi on se fera maintenir dans la propriété exclusive d'un mur qui sépare, en fait, deux bâtiments si l'on parvient à démontrer que le bâtiment du voisin a été construit postérieurement, sauf au voisin à prouver que l'état de choses existe depuis trente ans. La preuve concernant les dates respectives des bâtiments pourrait, sans aucun doute, être fournie même par témoins; il ne s'agit pas, en effet, de combattre les présomptions de l'art. 653, mais seulement de prouver l'absence des conditions requises par ce texte (1). En sens inverse, on peut prétendre à la mitoyenneté d'un mur servant à un seul bâtiment si l'on démontre qu'autrefois, moins de trente ans auparavant, il y avait un second édifice de l'autre côté du mur, en invoquant des témoignages ou les présomptions tirées d'anciens vestiges du bâtiment aujourd'hui démoli (2).

2° Comment tombent les présomptions de mitoyenneté.

941. Les présomptions de mitoyenneté établies par l'art. 653 tombent devant un titre ou une marque de non-mitoyenneté. La loi dit : « S'il n'y a titre ou marque contraire ».

942. 1° Elles tombent devant un titre. — Le *titre* est ici tout fait juridique établissant la propriété exclusive de l'un des voisins. Ainsi j'ai deux jardins séparés l'un de l'autre par un mur; j'en vends un, en me réservant par une clause du contrat la propriété exclusive du mur de séparation. Le titre, c'est-à-dire la vente, l'emportera sur la présomption de la loi.

bornes tracées et d'admettre, à côté des présomptions légales, des présomptions de fait? Une réponse pratique est possible : dans la plupart des cas, ces présomptions de fait auront pour résultat de permettre de fixer l'état exact des propriétés, au moment de la construction du mur. Cpr. *infra*, n. 940.

(1) Aubry et Rau, II, § 222, p. 422, texte et note 12. — Cass., 10 juillet 1865, S., 65. 1. 341.

(2) Demolombe, XI, n. 322.

D'après l'opinion générale, le titre doit être commun aux deux voisins, comme il arrive dans l'espèce qui vient d'être proposée à titre d'exemple. On dit en ce sens : Un titre auquel l'un des voisins est demeuré étranger, par exemple une vente à laquelle il n'a pas été partie, est par rapport à lui *res inter alios acta* et ne peut fournir aucune preuve contre lui. Nous préférons la solution contraire consacrée par la cour de cassation. Et, en effet, où est donc le texte qui exige que le titre soit commun (1)?

943. L'opinion générale exige aussi que le fait juridique qui établit la propriété exclusive de l'un des voisins soit constaté par écrit. C'est cette idée qu'aurait voulu exprimer l'art. 653 par ces mots : « s'il n'y a *titre* contraire ». Mais cette interprétation est difficile à justifier. Il semble bien plus rationnel de supposer que la loi entend ici par *titre* le fait juridique lui-même, *id quod actum est*, et non l'écrit qui le constate. D'où il résulterait que, la question de preuve étant restée en dehors des prévisions du législateur, l'existence du titre pourrait être prouvée conformément aux règles du droit commun. D'après cette interprétation, la présomption de mitoyenneté, en matière n'excédant pas 150 fr., pourrait être combattue par l'allégation d'une vente verbale, faite avec réserve, au profit du vendeur, de la propriété exclusive du mur, et dont la preuve serait offerte par témoins (2).

Le titre peut, par ailleurs, être authentique ou sous seing privé ; si la clause est douteuse et soulève une difficulté d'interprétation, on doit se décider en faveur de la mitoyenneté (3).

(1) Cass., 11 août 1884, S., 86. 1. 196, D., 85. 1. 254 ; 25 janvier 1859, S., 59. 1. 466, D., 59. 1. 85. — V. aussi Bordeaux, 13 juillet 1886, S., 88. 2. 159, D., 88. 2. 80. — Orléans, 4 juillet 1891, D., 93. 2. 126. — Cette solution est conforme aux règles générales admises sur la preuve du droit de propriété. — V. *supra*, n. 246. — V. en ce sens Demolombe, XI, n. 334 et 335. — *Contra* Aubry et Rau, II, § 222, p. 423, texte et note 16 ; Laurent, VII, n. 533 ; Duranton, V, n. 308.

(2) V. dans le sens de l'opinion générale Cass., 10 juillet 1865, S., 65. 1. 341, D., 65. 1. 483. — Angers, 3 janvier 1850, S., 50. 2. 460, D., 50. 2. 18. — Aubry et Rau, II, § 222, p. 423, texte et note 17 ; Demolombe, XI, n. 333 ; Duranton, V, n. 308 ; Pardessus, *Des serv.*, I, n. 161 ; Marcadé, sur l'art. 653, n. 2. — *Contra*, dans le sens de l'opinion émise au texte, Laurent, VII, n. 532.

(3) Caen, 7 août 1848, D., 49. 2. 10.

944. 2° Les présomptions établies par l'art. 653 tombent s'il y a marque de non-mitoyenneté. « La marque de non-mitoyenneté, dit Demante, se tire de l'état matériel du mur qui indique par sa construction que l'un des voisins est obligé de recevoir seul l'égout des eaux, ou qu'il a seul le droit de bâtir contre ce mur ». C'est bien en effet en substance, ce que dit l'art. 654, ainsi conçu : « *Il y a marque de non-mi-* » *toyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb* » *de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan* » *incliné; — Lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un cha-* » *peron ou des filets et corbeaux de pierre qui y auraient été* » *mis en bâtissant le mur. — Dans ces cas, le mur est censé* » *appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel* » *sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre* ».

= *Lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté et présente de l'autre un plan incliné.* Par suite de cette disposition, l'eau pluviale qui tombe sur le mur se déverse sur un seul voisin.

= *Lorsqu'il n'y a que d'un seul côté ou un parement ou des filets.* Le *chaperon,* c'est le toit du mur ; il se fait ordinairement en tuiles ou en pierres plates. On désigne sous le nom de *filets* la partie du chaperon qui dépasse le mur : c'est le prolongement du chaperon ou toit. Les filets empêchent les eaux pluviales de couler le long du parement du mur et de le dégrader. Ce que la loi appelle *filets* est appelé quelquefois, dans la pratique, du nom de *larmier,* expression qui rappelle le *stillicidium* des Romains : l'eau qui est déversée par le *larmier* tombe goutte à goutte. Lorsqu'il n'y a que d'un seul côté un chaperon ou des filets, l'égout du mur tombe tout entier sur un seul des voisins, et cette hypothèse est en définitive la même que la précédente, sauf qu'il s'agit d'un mur chaperonné (couvert d'un toit), tandis que tout à l'heure il s'agissait d'un mur non chaperonné (1).

Eh bien! lorsque la partie supérieure du mur, qu'il soit ou non chaperonné, est disposée de telle façon que l'égout tout entier se déverse du même côté, la loi présume que le

(1) Paris, 7 juin 1894, *Gaz. Trib.*, 21 août 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 537.

voisin sur lequel tombe l'égout a seul construit le mur, et que par suite il en est propriétaire exclusif. Et en effet, si les deux voisins avaient construit le mur à frais communs, il est probable qu'ils auraient disposé sa sommité de manière que l'égout se déversât également des deux côtés : ils l'auraient probablement « couvert à deux eaux », comme dit Loysel : car l'égout du mur est une charge, et il n'y a pas de raison, si le mur est mitoyen, pour que cette charge soit imposée exclusivement à l'un des deux voisins. Aussi la loi présume-t-elle que le mur appartient pour le tout au voisin qui a la charge de l'égout tout entière. La présomption de mitoyenneté, résultant de ce que le mur sert de séparation entre deux cours, deux jardins ou deux enclos, tombe devant cette marque de non-mitoyenneté écrite en quelque sorte sur le mur.

Elle tombe encore, dit la loi, « *lorsqu'il n'y a que d'un seul côté des corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur* ». Les *corbeaux* sont des pierres en saillie destinées à servir d'appui à des poutres, pour le cas où on viendrait à adosser une construction contre le mur. La loi présume que le mur appartient tout entier au voisin du côté duquel se trouvent les corbeaux; car, s'il avait été construit à frais communs, il est probable que les corbeaux auraient été placés des deux côtés, de manière que chaque voisin pût bâtir contre le mur.

Il ne faut pas confondre les « corbeaux » avec les *harpes* ou *pierres d'attente*, que l'on fait saillir du côté du voisin, pour faciliter la liaison du bâtiment qu'il voudrait élever avec la maison construite la première; elles ne peuvent évidemment établir, au profit du voisin, sur le fonds duquel les pierres font saillie, la propriété exclusive du mur, puisque ce mur dépend d'une maison dont le voisin n'est pas propriétaire.

Remarquez que, pour constituer une marque de non-mitoyenneté, les corbeaux doivent être *de pierre* et avoir été mis *en bâtissant le mur;* les *corbeaux* sont d'ordinaire considérés comme ayant été placés lors de la construction du mur, lorsque les pierres qui font saillie sont assises dans toute l'épaisseur du mur. Il n'y aurait donc aucune induction à tirer de

corbeaux en plâtre, ou même de corbeaux en pierre placés après la construction du mur. Autrement l'un des voisins aurait pu se procurer furtivement une marque de non-mitoyenneté.

Les marques placées après la construction du mur et maintenues, au su du voisin, pendant plus de trente ans, ont-elles acquis la valeur d'un indice de non-mitoyenneté, au profit de celui qui les a mises pour se ménager la preuve de la propriété exclusive du mur ? On l'admet généralement et, par suite, on accorde au voisin, dans l'année du trouble, une action possessoire, ensuite une action pétitoire pour exiger le retour à l'état primitif du mur, c'est-à-dire la suppression des marques nouvellement placées (1). Cette solution doit être rejetée et toutes ces actions sont inutiles ; lorsque les marques sont postérieures à la construction du mur, on est en dehors des conditions impérieuses de l'art. 654, quel que soit le laps de temps pendant lequel on les a tolérées ; la prescription n'a pas d'empire sur les faits, et elle ne peut modifier l'état matériel des choses, reculer la date de l'origine des marques pour la faire coïncider avec celle de la construction du mur ; or si l'art. 654 est inapplicable, on ne peut trouver en dehors de ce texte d'autres signes contraires à la présomption de mitoyenneté (2). Sans doute, après un long espace de temps, on sera plus facilement conduit à donner aux marques la date même du mur ; aussi la prudence commande, dès qu'on a connaissance des entreprises du voisin, de faire ressortir par une signification extra-judiciaire l'époque où les marques ont été établies.

945. Les divers signes dont parle l'art. 654 ne constituent des marques de non-mitoyenneté, qu'autant qu'ils existent d'un seul côté du mur. S'ils existent des deux côtés, ils se neutralisent. On en revient alors au droit commun, absolument comme s'il n'y avait de marque d'aucun côté.

La mitoyenneté du mur, dans le cas où elle existe certaine-

(1) Aubry et Rau, II, § 232, p. 424 ; Demolombe, XI, n. 337 et 338 ; Duranton, V, n. 311 ; Pardessus, I, n. 163.

(2) En ce sens Laurent, VII, n. 534. — V. *infra*, n. 946.

ment, sans l'aide des présomptions, n'est pas contredite dans les conditions prévues par l'art. 654; en sens inverse, si le mur n'est pas présumé mitoyen, en vertu de l'art. 653, les marques établies des deux côtés ne lui donneront pas ce caractère; l'ancien droit avait admis en pareil cas une présomption de mitoyenneté (1), mais l'art. 653 ne l'a pas reproduite. Ainsi un mur sépare dans les champs deux terrains, dont un seul est en état de clôture; il y a des deux côtés des corbeaux de pierre qui ont été placés en construisant le mur. La situation sera la même que s'il n'y en avait d'aucun côté, et, par suite, le mur ne sera pas *présumé* mitoyen, puisqu'il n'y a qu'un seul des héritages en état de clôture.

Ce mode particulier de construction fournira seulement des indications propres à appuyer la prétention de celui qui, propriétaire du mur, réclamerait l'exercice d'une servitude d'égout sur le voisin, ou la propriété d'une bande de terrain entre le mur et l'héritage contigu (2).

946. Bien que l'art. 654 ne soit pas conçu en termes restrictifs, l'énumération qu'il donne des marques de non-mitoyenneté doit être considérée comme limitative. En effet, il résulte des marques de non-mitoyenneté une présomption légale de propriété exclusive au profit de l'un des voisins, et il est de principe que les présomptions sont de droit étroit, et ne peuvent être étendues d'un cas à un autre (3).

Aussi la présomption de mitoyenneté ne doit pas être écartée sur ce motif que le mur repose pour la plus grande partie sur le fonds de l'un des voisins; on accorde parfois au juge la faculté de choisir entre l'art. 653 et cette autre présomption légale de l'art. 552 d'après laquelle la propriété

(1) Loysel, *Inst. cout.*, liv. II, tit. III, n. 2; art. DCX, *Cout. de Normandie; adde* art. CCXIV, *Cout. de Paris;* Pothier, *De la société*, n. 205.

(2) Bordeaux, 22 février 1844, S., 44. 2. 457.

(3) Orléans, 4 juillet 1891, D., 93. 2. 126. — Aubry et Rau, II, § 222, p. 423, texte et note 18; Laurent, VII, n. 536; Duranton, V, n. 310; Pardessus, I, n. 162; Marcadé, sur l'art. 654, n. 2. — *Contra* Demolombe, XI, n. 341; Demante, II, n. 508 *bis*. — Cpr. Mourlon, *Rép. écrites*, I, p. 773, opinion intermédiaire. — Cpr. aussi Pau, 20 mars 1863, S., 63. 2. 162. — Lorsqu'il s'agit de murs édifiés avant la promulgation du titre des servitudes, il est permis d'invoquer les signes de non-mitoyenneté admis par la jurisprudence antérieure ou les anciennes coutumes locales.

du sol emporte celle du dessus (1). Il nous semble que l'article 552 doit céder le pas à l'art. 653 (2); pour que ce dernier texte soit applicable, il faut et il suffit que le mur serve de séparation entre deux héritages, et il en est ainsi, même lorsqu'il a été construit en entier sur le sol de l'un des héritages, de façon que l'un de ses parements soit exactement sur la ligne séparative des deux fonds ; en effet, si on ne peut présumer la construction du mur à frais communs, on peut toujours supposer que le voisin a acquis la mitoyenneté ; aussi lorsque l'on construit un mur, à ses frais, sur son fonds, il est prudent de s'en réserver la preuve par des marques de non-mitoyenneté, ou même encore par une déclaration écrite et signée du voisin.

947. La présomption tirée des marques de non-mitoyenneté est susceptible d'être combattue par une preuve contraire ; ce n'est pas une présomption *juris et de jure ;* pour la détruire, on peut recourir aux témoignages, au moins dans les limites ordinaires de la preuve testimoniale, et, *a fortiori,* à un titre établissant la mitoyenneté du mur ou accordant la propriété exclusive au voisin contre lequel étaient dirigées les marques de non-mitoyenneté. Dans le conflit entre le titre favorable à la mitoyenneté et les marques contraires, le titre l'emporte nécessairement; les présomptions de l'art. 654 ne sont édictées que pour détruire celles de l'art. 653; mais, contre une preuve directe de la mitoyenneté, les indices de l'art. 654 n'ont plus aucune valeur, quelle que soit leur date par rapport au titre et les eût-on maintenus plus de trente ans depuis la date du titre; en effet, ce serait toujours opposer une présomption à une preuve directe (3). Il ne servirait même à rien de signifier, en outre, au voisin, une contradiction formelle (4) ; il faudrait pouvoir invoquer, à côté de cette contradiction, des actes matériels de possession, exclusifs de toute mitoyenneté, c'est-à-dire s'appuyer sur la *prescription,* dont nous devons maintenant dire quelques mots.

(1) Cpr. Cass., 11 janvier 1864, S., 65. 1. 262, D., 65. 1. 114.

(2) Ce qui est spécial déroge à ce qui est général ; les présomptions de l'art. 653 s'appliquent dans une matière toute spéciale.

(3) Aubry et Rau, II, § 222, p. 424; Demolombe, XI, n. 343; Laurent, VII, n. 537.

(4) Laurent, VII, n. 537. — *Contra* Aubry et Rau, II, § 222, p. 424.

948. La loi n'indique que la marque contraire et le titre comme pouvant détruire les présomptions de mitoyenneté établies par l'art. 653. Il faut ajouter la prescription. En d'autres termes, l'un des voisins pourrait acquérir par prescription la propriété exclusive d'un mur, qui, d'après la présomption de la loi, est mitoyen, en le possédant comme propriétaire exclusif pendant le temps requis : ce qui toutefois arrivera assez rarement, parce que le plus souvent les actes sur lesquels l'un des voisins voudra baser sa possession et par suite la prescription, devront être considérés comme des actes de simple tolérance (art. 2232).

Cependant la pratique a fourni l'exemple d'actes non équivoques de possession véritable (1). Pour écarter, en cette matière, l'effet de la prescription, il ne faudrait pas s'appuyer sur le texte de l'art. 653, qui se contente de signaler le titre et les marques contraires comme susceptibles de renverser les présomptions de mitoyenneté. A l'art. 653 on pourrait opposer un autre texte, l'art. 670, qui régit la haie mitoyenne, le mur et la haie étant, à ce point de vue, soumis aux mêmes principes; mais une remarque suffit pour emporter l'argument tiré de l'art. 653 : la prescription n'est pas invoquée, à proprement parler, pour combattre les présomptions de mitoyenneté; bien au contraire, celui qui se prévaut de la prescription admet *a priori* l'existence de ces présomptions et reconnaît que le mur a été mitoyen, conformément à l'art. 653; seulement il prétend avoir acquis le droit indivis de son voisin dans le mur et avoir transformé sa copropriété en une propriété exclusive; une pareille acquisition peut se réaliser au moyen de la prescription soit de trente ans, soit même de dix à vingt ans, s'il y a juste titre et bonne foi (2).

Réciproquement, on doit décider que la mitoyenneté d'un mur, qui était propriété exclusive, soit en vertu d'un titre, soit par application des marques de non-mitoyenneté de l'art. 654, pourrait être acquise par la prescription de trente ans ou de dix à vingt ans, en supposant, ce qui sera rare, que les

(1) Pau, 18 août 1834, S., 35. 2. 298, D., 35. 2. 47.

(2) Cass., 10 juillet 1865, S., 65. 1. 341, D., 65. 1. 483. — Aubry et Rau, II, § 222, p. 425; Demolombe, XI, n. 348; Laurent, VII, n. 538.

actes d'où le voisin prétend faire résulter sa possession à titre de copropriétaire, ne puissent pas être considérés comme des actes de simple tolérance. Cette fois encore, la pratique a pourtant révélé des actes de possession utile (1).

Enfin, il va sans dire que l'un des voisins peut usurper la propriété exclusive d'un mur non mitoyen appartenant en entier à l'autre voisin.

La possession, quand elle présente les qualités requises, conduit aussi, après un délai d'un an, à l'exercice d'une action possessoire pour assurer le maintien de l'état de fait. Cette possession annale n'aura pas, cela est certain, pour résultat de détruire l'effet des présomptions de mitoyenneté, ni celui des marques contraires ; autrement il y aurait une confusion manifeste entre le possessoire et le pétitoire. A la possession annale s'attache seulement la présomption que l'on est titulaire du droit exercé, mais il est de principe que cette présomption doit s'effacer devant la preuve contraire. Ainsi, dans notre matière, lorsque le débat s'engagera au pétitoire, la présomption d'exclusive propriété attachée à la possession disparaîtra si l'on établit, par titre ou à l'aide de l'art. 653, la mitoyenneté du mur (2). Autrement un droit de copropriété pourrait être perdu après un laps de temps très court, par le seul effet d'une possession annale.

B. *Du droit qui appartient à tout propriétaire joignant un mur d'en acquérir la mitoyenneté.*

949. Aux termes de l'art. 661 : « *Tout propriétaire joignant » un mur a de même la faculté de le rendre mitoyen, en tout » ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de » sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut » rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel » le mur est bâti* ».

(1) Rouen, 31 août 1867, S., 68. 2. 215. — Trib. civ. Lyon, 2 nov. 1894, *Mon. Lyon*, 28 nov. 1894.

(2) Aubry et Rau, II, § 222, p. 424; Demolombe, XI, n. 349 à 351 ; Laurent, VII, n. 540. — *Contra* Duranton, V, n. 314; Garnier, *Des actions possessoires*, p. 240. De même la possession annale de la mitoyenneté d'un mur ne pourrait l'emporter au pétitoire sur la preuve que l'adversaire aurait fournie de sa propriété exclusive à l'aide des marques de l'art. 654.

Ainsi le propriétaire d'un mur pourra être forcé d'en céder la mitoyenneté au voisin qui joint ce mur; il pourra être exproprié dans l'intérêt de celui-ci, dans un intérêt privé par conséquent. Pour justifier cette atteinte au droit de propriété, il ne suffit pas de dire que le voisin qui réclame la mitoyenneté a un intérêt considérable à l'acquérir et que le propriétaire du mur n'a qu'un intérêt minime à ne pas la céder; car notre droit n'admet pas l'expropriation pour cause d'utilité privée. Il faut ajouter que l'intérêt privé du voisin se lie ici à l'intérêt général, qui exige qu'on ne perde pas un terrain précieux en constructions inutiles. Or c'est ce qui arriverait si le propriétaire joignant un mur ne pouvait pas s'en faire céder la mitoyenneté; car, le jour où il voudrait, lui aussi, construire sur la limite de son héritage, il lui faudrait élever un nouveau mur touchant à celui du voisin, et l'on aurait ainsi deux murs collés l'un contre l'autre, qui ne procureraient pas aux deux voisins plus de profit qu'un seul, et qui, en outre, offriraient un aspect fort disgracieux.

L'art. 661 conduit à donner au propriétaire du mur un droit corrélatif. Lorsque le voisin utilise le mur séparatif de deux héritages et y appuie, par exemple, une construction, le propriétaire du mur a le droit de réclamer une indemnité, calculée conformément à l'art. 661, alors même que la construction élevée par le voisin viendrait ensuite à disparaître, notamment par suite d'incendie (1).

1° *Dans quels cas s'applique l'art. 661.*

950. L'art. 661 déroge gravement au droit commun. Il doit donc recevoir l'interprétation restrictive. Nous tirerons de là deux déductions :

1° La faculté d'exiger la cession de la mitoyenneté n'étant accordée qu'au propriétaire, nous la refuserons au locataire

(1) Dijon, 1er mars 1900, *Rec. Besançon*, 1900, 107. — Trib. civ. Bordeaux, 28 nov. 1899, *Rec. Bordeaux*, 1900. 2. 27; il en serait autrement si le voisin avait cru par erreur que le mur était mitoyen et avait enlevé ensuite ses ouvrages: dans ce cas, il devrait seulement une indemnité à raison de l'occupation momentanée et des dégradations. — Trib. civ. Bordeaux, 13 déc. 1899, *Rec. Bordeaux*, 1900. 2. 33.

ou au fermier (1), ainsi qu'à celui qui, n'étant pas même possesseur du terrain limitrophe, ne justifie pas d'un droit de propriété (2). Il est même très douteux qu'elle puisse être reconnue à l'usufruitier titulaire d'un droit réel (3). Mais l'un des copropriétaires du fonds voisin pourrait acquérir la mitoyenneté du mur, au moins sous la condition que la partie de l'héritage adjacente au mur tombera dans son lot (4).

2° Notre article ne donnant le droit d'exiger la cession de la mitoyenneté qu'au propriétaire « joignant un mur », il en résulte que le voisin ne pourra pas l'exiger, s'il y a un espace de terrain entre sa propriété et le mur. En d'autres termes, pour que la cession puisse être imposée, il faut que le mur soit construit sur la ligne séparative des deux héritages. S'il est construit en retraite, le voisin ne peut pas exiger qu'on lui en cède la mitoyenneté, parce qu'il faudrait lui céder en même temps la portion de terrain comprise entre le mur et la ligne séparative des deux héritages; or la loi ne lui accorde pas ce droit (5).

La cour de cassation applique avec raison le principe dans toute sa rigueur. Elle l'applique même dans le cas où l'espace de terrain, laissé entre le mur et la ligne séparative des deux héritages, est d'une étendue insignifiante. Bien plus, la cour maintient le principe, lorsqu'il est démontré que le constructeur n'a laissé cet espace de terrain que pour se soustraire à l'obligation légale de céder, le cas échéant, la mitoyenneté du mur. Inutilement objecte-t-on que c'est légitimer une fraude à la loi. La réponse est qu'il n'y a pas de fraude à user d'un

(1) Cass., 27 juin 1892, S., 92. 1. 447, D., 92. 1. 379.

(2) Cass., 18 juin 1878, S., 79. 1. 213, D., 79. 1. 35.

(3) Il s'agit en effet d'acquérir une copropriété sur le mur qui longe l'héritage, et ce droit ne peut être acquis que par le propriétaire du terrain. — Laurent, VII, n. 514. — *Contra* Demolombe, XI, n. 353. Cet auteur s'appuie sur l'ancien texte de la coutume de Paris (art. 194) : *Si quelqu'un veut bâtir;* il faut alors accorder la même faculté à quiconque a le droit de bâtir, même à un fermier. Malgré tout, il faut convenir qu'au point de vue de l'utilité pratique la solution la meilleure serait celle conférant à l'usufruitier le droit d'exiger la cession. En le lui refusant, en effet, on risque de lui enlever dans certains cas tout l'avantage de son usufruit.

(4) Cpr. cependant Bordeaux, 17 mars 1868, S., 68. 2. 216.

(5) La mitoyenneté disparaît, et notamment l'art. 675 devient inapplicable, lorsque cesse la contiguïté. — Cass., 17 mars 1891, D., 92. 1. 25.

droit que la loi nous accorde. Et d'ailleurs où est le mal qu'un propriétaire puisse s'assurer la propriété exclusive du mur qu'il construit sur son terrain, s'il y trouve quelque intérêt? Enfin le système contraire laisse place à un arbitraire sans limites dans l'appréciation du juge ; car quand pourra-t-on dire que l'espace laissé entre le mur et la ligne séparative des deux héritages est d'assez peu d'importance pour qu'il n'y ait pas lieu d'en tenir compte ? (1).

Si la faculté d'acquérir la mitoyenneté ne s'étend pas aux autres clôtures (v. *infra*, n. **1003**) et ne s'exerce qu'à l'égard des murs proprement dits, l'art. **661** s'applique à toute espèce de murs, par exemple à des parpaings, sans distinguer d'après l'épaisseur ou la nature des matériaux (2).

951. Le droit d'acquérir la mitoyenneté d'un mur est imprescriptible, comme tous les actes de pure faculté (arg. art. **2232**).

C'est une faculté, et par suite le propriétaire du mur ne peut contraindre son voisin à l'acquisition de la mitoyenneté, si l'on n'est pas dans l'hypothèse de la clôture forcée (3).

Il s'applique à tous les murs situés soit à la ville, soit à la campagne, *lex non distinguit*, et quel que soit l'usage qu'en veut faire le voisin : il n'est point nécessaire que ce soit pour bâtir contre le mur ni que l'on allègue un intérêt quelconque (4). En vain, pour s'opposer à la cession demandée, le propriétaire du mur objecterait que le mur va devenir impropre à l'usage auquel il était jusqu'alors affecté (5). Le droit d'exiger la cession appartient même à celui qui aurait fait,

(1) Cass., 26 mars 1862, S., 62. 1. 474, D., 62. 1. 175. — Douai, 7 août 1845, S. 46. 2. 620, D., 45. 2. 152. — Aubry et Rau, II, § 222, p. 431 ; Duranton, V, n. 324; Demante, II, n. 515 *bis*, V; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 292. — Cpr. Bordeaux, 3 janvier 1888, S., 89. 2. 70, D., 88. 2. 320.— *Contra* Bourges, 9 décembre 1837, S., 38. 2. 159, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 460. — Caen, 27 janvier 1860, S., 61. 2. 63, D., 60. 2. 204. — Demolombe, XI, n. 354; Laurent, VII, n. 507; Marcadé, sur l'art. 661, n. 1; Delvincourt, I, p. 554.

(2) Rennes, 29 février 1904, D., 04. 2. 326.

(3) V. *infra*, n. 984.

(4) Cass., 3 juin 1850, S., 50. 1.-585. — Toulouse, 8 fév. 1844, S., 44. 2. 291. — Paris, 18 juin 1836, S., 36. 2. 403. — Bordeaux, 31 mai 1882, D., 86. 1. 79. — Aubry et Rau, II, § 222, p. 432; Demolombe, XI, n. 359.

(5) Aubry et Rau, II, § 222, p. 433; Demolombe, XI, n. 360.

conformément à l'art. 656, abandon de la mitoyenneté, sous la condition de payer la moitié de la valeur du mur et du terrain, comme s'il n'en avait jamais été copropriétaire (1).

952. Puisque le voisin a le droit d'exiger la cession de la mitoyenneté, et que le consentement du propriétaire du mur n'est pas nécessaire, ce dernier ne saurait, dès qu'on a manifesté l'intention d'invoquer l'art. 661, faire démolir le mur, même en offrant de contribuer ensuite pour moitié à la construction d'un nouveau mur à cheval sur les deux héritages; il ne pourrait agir ainsi même dans le cas où il aurait annoncé son intention de démolir avant la demande du voisin; seule la démolition effective du mur avant toute demande met obstacle à l'exercice du droit inscrit dans l'art. 661. Le propriétaire qui aurait démoli son mur au mépris de ce texte pourrait être contraint de le rétablir dans son ancienne position, et même être condamné à des dommages-intérêts (2).

953. Si absolu que soit le droit de l'art. 661, il cesse de s'exercer à l'égard des murs qui dépendent d'édifices placés hors du commerce (3), comme ceux des églises (4), des cimetières (5), jusqu'à leur désaffectation (6). La cession de la mitoyenneté constitue, en effet, une aliénation partielle; or les immeubles dont s'agit sont inaliénables. En revanche, il n'y a pas de raison sérieuse pour admettre la réciprocité et autoriser un propriétaire à refuser de céder à l'Etat la mitoyenneté d'un mur destiné à faire partie d'édifices appartenant au domaine public (7); le mur de ce propriétaire n'est pas inaliénable et l'Etat est toujours libre d'acquérir pour le domaine public.

954. Si l'art. 661 s'applique à toutes sortes de murs, même

(1) Demolombe, XI, n. 357; Aubry et Rau, *loc. cit.*

(2) Demolombe, XI, n. 358.

(3) Cass., 5 déc. 1838, S., 39. 1. 33, D., 39. 1. 5; 16 juin 1856, S., 59. 1. 122, D., 56. 1. 423. — Paris, 18 fév. 1854, S., 54. 1. 139, D., 54. 2. 178. — Aix, 24 juil. 1855, D., 56. 2. 210. — Bordeaux, 5 avril 1870, S., 70. 2. 206, D., 71. 2. 55.

(4) Cass., 5 déc. 1838, précité.

(5) Trib. Lyon, 24 janv. 1866, D., 67. 3. 45.

(6) Cass., 5 déc. 1838, précité.

(7) Cass., 14 fév. 1900, S., 1900. 1. 221; Trib. Lyon, 24 janv. 1866, précité. — *Contra* Laurent, VII, n. 510.

à ceux qui, à raison de leur faible épaisseur ou de la nature des matériaux de construction, ne peuvent supporter les ouvrages mentionnés aux art. 657 et 662 C. civ. (1), il ne s'étend pas aux clôtures autres que les murs, à celles formées de pierres ou de planches, quelque solides qu'elles soient (2); toutefois l'existence d'une semblable clôture n'enlèverait à aucun des voisins le droit de construire un mur privatif jusqu'à la limite extrême de son fonds, et il pourrait, à cet effet, demander la suppression de la clôture établie (3).

955. Enfin rien ne paraît s'opposer à ce que le voisin renonce valablement au droit d'acquérir la mitoyenneté du mur qui le touche. Ainsi, en vendant une cour séparée de mon jardin par un mur, je puis convenir avec l'acquéreur que je conserverai la propriété exclusive du mur séparatif, et que l'acquéreur ne pourra jamais, ni lui ni ses ayant cause, exiger la cession de la mitoyenneté du mur (4). Il y a beaucoup d'exagération à prétendre que le droit conféré par l'art. 661 étant basé sur des considérations d'ordre public, on ne peut pas y renoncer. D'ailleurs, la renonciation, moins explicite, peut résulter de la constitution d'une servitude au profit du fonds qui supporte le mur, lorsque cette servitude paraît inconciliable avec la mitoyenneté (5), question d'interprétation abandonnée à la sagacité des juges de fait (6).

956. Le propriétaire joignant un mur n'est pas forcé d'acquérir la mitoyenneté de la totalité de ce mur, si une partie

(1) Caen, 31 janv. 1877, S., 77. 2. 165, D., 77. 2. 91.

(2) Cass., 15 déc. 1857, S., 58. 1. 271, D., 58. 1. 56; Caen, 31 janv. 1877, précité; Aubry et Rau, II, § 222, p. 431; Demolombe, XI, n. 356 *bis*; Laurent, VII, n. 508.

(3) Cass., 1er fév. 1860, S., 60. 1. 973.— Aubry et Rau, II, § 222, p. 431, note 52.

(4) Caen, 31 janv. 1877, précité.

(5) Cass., 13 janv. 1879, S., 79. 1. 264, D., 79. 1. 118.

(6) Cass., 24 déc. 1851, S., 52. 1. 187, D., 51. 1. 401; l'application de cette idée a été faite à la servitude *non ædificandi*. — Cass., 24 déc. 1851, précité.— Orléans, 12 déc. 1848, S., 49. 2. 592, D., 49. 2. 21; à la servitude de jour (*luminum*) ou d'aspect (*ne luminibus officiatur*). — Cass., 25 janv. 1869, S., 69. 1. 156, D., 70. 1. 72. — Grenoble, 16 déc. 1871, S., 72. 2. 20, D., 73. 2. 165. —V. dans le même sens Aubry et Rau, II, § 222, p. 433. — Du reste la renonciation peut n'être envisagée que comme partielle et ne porter que sur la fraction du mur qu'il convient de laisser libre pour l'exercice de la servitude. — Cass., 5 déc. 1838, S., 39. 1. 33. D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 451. — Bordeaux, 18 janv. 1850, S., 50. 2. 282, D., 51. 2. 123.

lui suffit. On peut ainsi acquérir la mitoyenneté de partie d'un mur soit en hauteur, auquel cas la hauteur de la partie acquise se calcule à partir des fondations, soit en longueur. Mais dans tous les cas la mitoyenneté doit nécessairement être acquise dans toute l'épaisseur du mur ; car, comme le dit Pothier, celui qui acquerrait seulement une partie du mur en épaisseur obtiendrait le même profit que s'il avait acquis l'épaisseur tout entière, ce qui serait injuste ; on pourrait aussi tirer argument de l'art. 661, qui semble, dans tous les cas, obliger l'acquéreur à payer la moitié de la valeur du sol (1). La question était controversée dans l'ancien droit, et l'opinion contraire, soutenue par Desgodets (2), a rencontré des défenseurs sous l'empire du code actuel (3), et elle a été consacrée en pratique dans des circonstances de fait spéciales (4).

2° *Obligations de l'acquéreur.*

957. Le voisin qui use de la faculté concédée par l'art. 661 acquiert la mitoyenneté à titre de vente.

La cour de cassation avait d'abord refusé d'attribuer ce caractère à la cession de mitoyenneté, parce que le consentement libre des parties faisait souvent défaut (5) ; mais la jurisprudence semble revenir à une doctrine plus exacte (6). La cession offre en effet tous les éléments d'une vente : chose, prix, consentement de l'acquéreur ; celui du vendeur, il est vrai, se

(1) Aubry et Rau, II, § 222, p. 431 ; Demolombe, XI, n. 362.

(2) Sur l'art. 194 de la cout. de Paris, n. 17. — Pothier, *De la soc.*, n. 251, enseignait au contraire l'opinion émise au texte.

(3) Delvincourt, I, p. 398 ; Pardessus, I, n. 155 ; Marcadé, sur l'art. 461, n. 2. — Laurent, VII, n. 511, distingue suivant qu'on acquiert la mitoyenneté pour bâtir ou pour tout autre but, mais cette distinction est inacceptable puisqu'on peut ne pas connaître les motifs de l'acquisition.

(4) Paris, 18 février 1854, S., 54. 1. 139, D., 54. 2. 178. — Bruxelles, 11 janvier 1883, S., 83. 4. 12. — Cass. belge, 27 mars 1884, S., 85. 4. 22 ; il s'agissait d'un mur d'une épaisseur exceptionnelle.

(5) Cass., 17 février 1864 (motifs), S., 64. 1. 117, D., 64. 1. 87.

(6) Trib. Seine, 8 février 1880, S., 81. 2. 23, D., 80. 3. 119. — Cpr. sur cette question Cass., 10 avril 1889, S., 89. 1. 401, rapport du Conseiller, *Note* de Labbé, D., 89. 1. 321, *Note* de M. Brésillon. — Paris, 25 nov. 1885, S., 86. 2. 25 ; 23 janv. 1888, S., 88. 2. 69, D., 89. 1. 321. — Trib. Seine, 12 nov. 1885, S., 86. 2. 25 et la *Note* de Labbé. — Trib. civ. Lourdes, 7 déc. 1897, *Le droit*, 18 janv. 1898. — Laurent, VII, n. 522.

trouve parfois forcé, mais n'en est-il pas de même dans l'hypothèse d'une expropriation ou d'une adjudication sur saisie?

La vente est volontaire si le propriétaire du mur consent à la cession, forcée dans le cas contraire (1).

De là résultent les conséquences suivantes :

1° L'acquéreur de la mitoyenneté doit en payer le prix. Le prix consistera dans une somme égale à la moitié de la valeur du mur, ou de la portion du mur rendue mitoyenne, et du terrain sur lequel est construit ce mur ou cette portion de mur. Il faut se reporter à l'époque de l'acquisition pour apprécier la valeur soit du mur, soit du terrain, le prix d'une chose vendue se déterminant par sa valeur au jour de la vente (2).

On devra donc examiner l'état du mur, sa solidité, les matériaux qui le composent, de sorte que le prix payé sera souvent très inférieur à la moitié des frais nécessités par la construction du mur. En revanche, jamais le prix ne sera inférieur à la moitié de la valeur réelle du mur à l'époque de la cession; il ne sera pas réduit sous prétexte que le mur construit avec des matériaux de choix, dans des conditions de solidité particulières non usitées dans le pays, est trop considérable pour l'acquéreur de la mitoyenneté, dont le but serait atteint avec un mur beaucoup plus simple; on doit prendre le mur tel qu'il est, et non tel que l'aurait désiré le voisin; c'est un mur réel et non une chose fictive dont la copropriété est cédée: si l'acquisition semble trop coûteuse, le voisin n'a qu'à s'abstenir; rien ne l'oblige à invoquer l'art. 661 (3).

La même règle s'applique aux fondations qui doivent entrer en ligne de compte pour le calcul de la valeur du mur; bien que construites dans des conditions spéciales de solidité, d'épaisseur et de profondeur, on les apprécie telles qu'elles sont, sans permettre à l'acquéreur, par un tempérament

(1) La cession de mitoyenneté étant assimilable à une expropriation d'un caractère spécial et dérivant de l'exercice d'un droit que le cédant est contraint de subir, il en résulte que les créanciers hypothécaires du cédant n'ont pas le droit de suite. Rennes, 25 janv. 1898, *Rec. Angers*, 98. 118.

(2) Pothier, *De la soc.*, n. 254.

(3) Aix, 22 mars 1866, S., 67. 2. 264, D., 67. 2. 96. — Aubry et Rau, II, § 222. p. 432; Demolombe, XI, n. 365; Laurent, VII, n. 512. — Il en serait ainsi même s'il s'agissait d'un mur situé dans un lieu où la clôture est forcée.

d'équité, de les payer sur le pied de fondations normales et ordinaires.

En cas d'acquisition partielle en hauteur, lorsqu'il s'agira d'évaluer la partie du mur cédée, on devra tenir compte de la surcharge que la partie supérieure et non mitoyenne imposera à la portion acquise, pour réduire la valeur brute de cette portion (1).

Si les parties ne peuvent pas s'entendre, le règlement de l'indemnité sera fait par la justice qui, régulièrement, éprouvera le besoin d'ordonner une expertise (2).

2° Les frais de l'expertise, si elle est nécessaire, seront à la charge de l'acquéreur de la mitoyenneté; ils rentrent dans les frais de la vente, que la loi met à la charge de l'acheteur (arg. art. 1593).

Le propriétaire du mur qui, par une résistance injustifiée, aurait provoqué des frais inutiles, devrait les supporter exclusivement. Dans quels cas faudra-t-il considérer comme injustement fondée l'opposition du propriétaire ? Celui-ci a, sans aucun doute, le droit d'exiger une expertise, quel que soit le prix offert par le voisin ; mais si ce dernier a notifié au propriétaire du mur son intention d'acquérir la mitoyenneté, en le sommant d'amener un expert pour apprécier contradictoirement la valeur du mur et si le propriétaire néglige de répondre à la sommation, ou refuse d'accepter le résultat de l'expertise, et rend ainsi nécessaires les frais supérieurs d'une instance et d'une expertise judiciaires, ces frais pourront demeurer à sa charge, dans le cas où le tribunal reconnaît l'estimation première comme suffisante (3).

3° Le propriétaire qui cède la mitoyenneté doit la garantie

(1) Montpellier, 8 mars 1876, S., 77. 2. 177. — Trib. civ. Seine, 28 janv. 1901, *Gaz. Trib.*, 16 avril 1901.

(2) La décision des juges du fond sur le montant de l'indemnité est souveraine ; elle échappe à la censure de la cour de cassation. — Cass., 5 nov. 1902, D., 02. 1. 568, S., 02. 1. 512.

(3) Aubry et Rau, II, § 222, p. 432, texte et note 56; Demolombe, XI, n. 366; Laurent, VII, n. 513. — Riom, 11 juillet 1838, S., 39. 2. 417, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 467. — Limoges, 12 avril 1820, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 467. — Montpellier, 8 mars 1876, S., 77. 2. 177. — Cpr. opinion divergente Toullier, III, n. 195; Duranton, V, n. 398.

à l'acquéreur, conformément aux termes du droit commun (arg. art. 1603) (1).

Le propriétaire n'est pas seulement garant de l'éviction, mais aussi des vices de la chose vendue, conformément aux art. 1641 et 1649 du code civil (2).

4° Pour le paiement du prix de la mitoyenneté, le cédant jouit de tous les droits que la loi accorde à un vendeur d'immeuble non payé.

D'abord le droit de rétention. Arg. art. 1612 et 661.

Le paiement du prix peut être exigé avant toute entreprise sur le mur. L'art. 227 de la coutume d'Orléans disait nettement : « Il peut être empêché jusqu'à ce qu'il ait payé ». A plus forte raison, pourrait-on s'opposer, avant la formation du contrat de cession, aux entreprises du voisin ; ce dernier n'aurait qu'un moyen d'éviter la suppression des travaux commencés : offrir le prix de la mitoyenneté ; il n'y aurait place alors que pour une condamnation à des dommages-intérêts, si les travaux entrepris sans droit avaient causé quelque dommage au propriétaire du mur (3).

En second lieu, le privilège (4). Arg. art. 2103-1°. Et toutefois il faut reconnaître que ce privilège est purement théorique ; car, pour l'exercer, il faudrait vendre aux enchères l'immeuble sur lequel il porte, c'est-à-dire le mur mitoyen ; or, où trouver des enchérisseurs ? Mais on va voir tout à l'heure qu'il n'importe pas moins d'en constater l'existence.

Enfin la créance du prix de la mitoyenneté est garantie par un droit de résolution (arg. art. 1654). Ce droit de résolution peut être exercé contre un tiers détenteur, par exemple contre l'acheteur de la maison que l'acquéreur de la mitoyenneté aurait construite contre le mur, et en consé-

(1) D'ailleurs l'acquéreur, qui profite des servitudes actives créées au profit du mur, subit celles qui le grèvent. Cass., 13 janv. 1879, D., 79. 1. 118.

(2) *Contra* Cass., 17 fév. 1864, S., 64. 1. 117, D., 64. 1. 87. — Paris, 12 août 1861. S., 61. 2. 476. — Ces arrêts seraient difficiles à concilier avec les décisions nouvelles de la cour de cassation qui, modifiant sa solution, considère maintenant comme une vente la cession de la mitoyenneté.

(3) Laurent, VII, n. 521.

(4) Bordeaux, 21 avril 1890, D., 92. 2. 432. — Trib. Seine, 8 fév. 1880, S., 81. 2. 23, D., 80. 3. 119. — V. cep. Besançon, 12 mars 1890, S., 92. 2. 53.

quence cet acquéreur pourra être forcé de démolir la maison, tout au moins la partie appuyée sur le mur, s'il ne préfère payer le prix de la mitoyenneté. Mais, pour pouvoir ainsi opposer son droit de résolution à un tiers détenteur, le propriétaire du mur doit avoir rempli les formalités prescrites pour la conservation de son privilège, c'est-à-dire qu'il doit avoir fait transcrire son titre constatant que le prix de la mitoyenneté lui est dû en tout ou en partie, ou, ce qui serait équivalent, avoir fait inscrire son privilège. Car autrement, le privilège étant perdu, il en serait de même du droit de résolution qui lui est lié (Arg. art. 7 de la loi du 23 mars 1855). Le cédant est donc obligé de veiller à la conservation d'un droit inutile, le privilège, pour ne pas laisser périr un droit utile, le droit de résolution (1).

Bien entendu, l'observation des règles prescrites pour la publicité ne s'impose à celui qui cède la mitoyenneté d'un mur, qu'à dater du jour où le contrat de cession est devenu parfait. Or il ne le devient que lorsqu'il y a eu règlement amiable ou judiciaire de l'indemnité à payer (2). Jusque là il n'y a pas vente, faute de prix, et il ne peut être question de rendre public un privilège qui n'existe pas encore. Il s'ensuit que si mon voisin construit contre mon mur sans s'être entendu préalablement avec moi, et qu'il vende les constructions, je pourrai, indépendamment de toute publicité, forcer l'acquéreur à démolir les constructions indûment faites, à moins qu'il ne me paye une indemnité représentant le prix de la mitoyenneté (3).

(1) Trib. civ. Lyon, 25 mai 1900, *Mon. Lyon*, 2 juillet 1900.

(2) Le règlement s'opère souvent par l'intermédiaire des architectes du vendeur et de l'acquéreur; les architectes ainsi désignés sont des mandataires; lorsqu'ils ont établi entre eux le compte de mitoyenneté, on peut considérer que leurs mandants se trouvent liés, sans que ces derniers aient besoin d'apposer leurs signatures sur ledit compte. Trib. civ. Seine, 31 janv. 1900, *La loi*, 5 fév. 1900.

(3) Cass., 10 avril 1889, S., 89. 1. 401 et 404, D., 89. 1. 321 et les notes consacrées à cette importante décision. — La construction du voisin n'est qu'une simple entreprise de fait qui, en dehors de toute convention, n'emporte pas acquisition de la mitoyenneté du mur (Cass., 27 juin 1892, S., 93. 1. 447, D., 92. 1. 379; 22 janvier 1900, D., 1900. 1. 351); par suite le propriétaire du mur reste, malgré cette entreprise de fait, propriétaire du mur et, lorsqu'il agit contre le constructeur ou ses ayants cause, il exerce une véritable action en revendication (Cpr. note dans

3° Etendue du droit de l'acquéreur de la mitoyenneté d'un mur.

958. Le droit de l'acquéreur de la mitoyenneté d'un mur s'applique au mur tel qu'il est au moment de l'acquisition : ce qui implique le maintien des servitudes actives ou passives, lors établies, et qui forment en quelque sorte des qualités du mur (1).

Deux hypothèses se présentent donc lorsque l'héritage voisin est grevé d'une servitude au profit du fonds qui supporte le mur : ou bien la servitude forme un obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté de tout ou de partie du mur, lorsque son exercice est incompatible avec l'idée même de la mitoyenneté, lorsqu'aussi le titre qui la constitue est interprété comme emportant, de la part du voisin, renonciation au droit de l'art. 661 (2) ; ou bien la servitude, sans empêcher l'acquisition de la mitoyenneté, s'impose seulement au respect de l'acquéreur, qui ne retire qu'un profit partiel de la cession.

Ainsi, au moment où j'acquiers la mitoyenneté d'un mur, ce mur possède sur mon héritage des vues droites ou fenêtres d'aspect établies par titre, par destination du père de famille (3) ou par prescription. La mitoyenneté une fois acquise, je devrai respecter cette servitude (4) et je serai dans la nécessité de ne pas bâtir contre le mur, de reculer toute construction à la distance légale de dix-neuf ou de six décimètres par rapport à

Dalloz, sous Cass., 10 avril 1889, précité ; Besançon, 12 mars 1891, D., 91. 2. 95. — Trib. Seine, 30 janv. 1894, *Pand. fr.*, 94. 2. 325 ; aussi peut-on considérer comme inexacte en son principe la solution d'un arrêt de Paris (14 janvier 1890, S., 92. 2. 75) qui accorde au propriétaire du mur le droit de demander à son choix le paiement d'une indemnité ou la cessation de l'entreprise ; le propriétaire ne peut contraindre le constructeur à acquérir la mitoyenneté. — L'adjudicataire des constructions adossées au mur sans convention préalable peut retenir sur son prix la somme à payer pour l'acquisition de la mitoyenneté, si le cahier des charges l'y autorise (Cass., 10 avril 1889, D., 89. 1. 371).

(1) Cass., 15 juill. 1875, S., 75. 1. 407, D., 76. 1. 151 ; 13 janv. 1879, S., 79. 1. 264, D., 79. 1. 118. — Rouen, 9 déc. 1878, S., 79. 2. 144. — Aubry et Rau, II, § 222, p. 434 ; Demolombe, XI, n. 374 ; Laurent, VII, n. 519 s.

(2) V. *supra*, n. 955.

(3) Paris, 20 mai 1836, S., 36. 2. 401, D. *Rép.*, v° *Servitudes*, n. 776.

(4) Cass., 15 juill. 1875, S., 75. 1. 407, D., 76. 1. 151. — Rouen, 9 déc. 1878, S., 79. 2. 144. — Grenoble, 16 déc. 1871, S., 72. 2. 20, D., 73. 2. 165.

la ligne qui passe par le milieu de l'épaisseur du mur (1). Cela posé, il semble qu'il devrait en être de même des jours de tolérance existant dans le mur au moment de l'acquisition de la mitoyenneté, et cette solution pourrait paraître conforme aux termes de l'art. 676, qui défend bien de *pratiquer* des jours dans un mur mitoyen, mais non de conserver ceux établis au moment de l'acquisition de la mitoyenneté. On peut aussi faire remarquer, en faveur de cette solution, que la cession de la mitoyenneté ne doit pas avoir d'effet rétroactif, et que l'acquéreur est tenu de respecter tous les travaux antérieurement accomplis par le cédant (2). Néanmoins on admet généralement, en doctrine et en jurisprudence, que l'acquéreur de la mitoyenneté d'un mur peut faire boucher les jours de tolérance existant dans ce mur, à moins d'une clause contraire dans le titre de cession (3), et cela, non seulement lorsqu'il veut construire contre ce mur, mais aussi lorsqu'il n'a pas cette intention et alors que le maintien des jours ne lui cause aucune gêne (4). Il a même le droit d'acquérir la mitoyenneté précisément en vue de la suppression des jours. En effet, comme le dit fort bien Demante (5), le droit aux jours de souffrance n'existe que comme conséquence légale de la propriété exclusive du mur, et par conséquent l'acquisition de la mitoyenneté doit le faire cesser.

Pour justifier cette solution, il est inutile de donner à la cession un effet rétroactif; elle découle tout naturellement du résultat normal qui suit l'acquisition de la mitoyenneté. La cession opérée a eu, en effet, pour résultat de substituer à une propriété exclusive une copropriété soumise à certaines charges ; en subissant la cession le propriétaire du mur est devenu co-propriétaire d'un mur mitoyen, obligé, comme tel,

(1) Dès lors le maître du mur peut exiger que l'acte de cession mentionne une réserve expresse à cet égard. — Cass., 15 juill. 1875, précité.

(2) V. en ce sens Toullier, II, n. 527.— Cpr. Laurent, VII, n. 517; Merlin, *Rép.*, v° *Vue*, § 3, n. 2, 8 et 9.

(3) Lyon, 10 avril 1823, S. chr. — Bastia, 25 mai 1839, S., 39. 2. 417 ; D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 478.

(4) Demolombe, XI, n. 372. — Cpr. Paris, 6 mai 1847, S., 50. 1. 585, D., 50. 1. 185.

(5) Demante, II, n. 515 *bis*, IV.

de respecter les conséquences légales de cet état nouveau (1).

Il en serait ainsi alors même que les jours existeraient depuis plus de trente ans au moment de l'acquisition de la mitoyenneté. En perçant ces jours, le propriétaire du mur n'a fait qu'user de son droit sans le dépasser, et l'état de choses qu'il a ainsi établi n'a pu fonder aucune prescription à son profit, la prescription supposant nécessairement une usurpation du droit d'autrui (2). C'est dire que la solution devrait être différente, si les jours avaient été établis contrairement aux prescriptions des art. 676 et 677, par exemple s'ils n'étaient pas munis d'un treillis de fer et à verre dormant; car alors il y aurait une usurpation pouvant servir de base à la prescription trentenaire (3).

Le seul fait que l'une des conditions indiquées dans les art. 676 et 677 manque ne suffit pas à attribuer à une ouverture le caractère d'une vue proprement dite; les juges ont toute liberté d'apprécier, suivant les circonstances, si l'ouverture est une vue ou un jour de souffrance (4).

Lorsque l'acquéreur réclame la suppression des jours de souffrance, les frais nécessités se partagent en principe entre les deux voisins (5).

La solution admise pour les jours de souffrance s'étend à tous travaux pratiqués dans le mur, incompatibles avec les conséquences de la mitoyenneté, tant que l'existence d'une servitude véritable au profit de ce mur ne justifie pas leur maintien. Ainsi l'acquéreur a le droit d'exiger la suppression d'une gouttière établie sur le couronnement du mur et faisant

(1) Aubry et Rau, II, § 222, p. 433; Demolombe, XI, n. 370 s.; Duranton, V, n. 325; Marcadé, II, sur l'art. 661, n. 1 et sur l'art. 675, n. 1; Pardessus, I, n. 211. — Cass., 7 mai 1873, S., 73. 1. 327, D., 74. 1. 88. — Paris, 18 juin 1836, S., 36. 2. 403. — Toulouse, 8 février 1844, S., 44. 2. 291, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 472.

(2) Cass., 7 mai 1873, précité. — Bordeaux, 27 juin 1845, S., 46. 2. 406, D., 45. 4. 481.

(3) Cass., 13 juin 1888, S., 88. 1. 413. — *Contra* Cass. belge, 5 mai 1892, S., 92. 4. 37.

(4) Cass., 18 juil. 1859, S., 60. 1. 271. — Pau, 20 déc. 1865, S., 66. 2. 284. — Nîmes, 7 mai 1851, D., 51. 2. 78. — Trib. Seine, 2 déc. 1859, S., 60. 1. 271 à la note. — Trib. Castelnaudary, 10 juin 1873, S., 73. 2. 184, D., 74. 5. 452. — Aubry et Rau, II, § 196, p. 206; Laurent, VII, n. 520.

(5) Demolombe, XI, n. 373.

obstacle à son exhaussement (1) et, dans les limites des art. 657 et 662, la suppression ou la réduction des poutres, des excavations, ainsi que des cheminées ou des tuyaux incrustés dans le mur (2).

C. *Des droits que confère la mitoyenneté d'un mur.*

1° *Constructions adossées contre le mur.*

959. La mitoyenneté d'un mur confère aux deux copropriétaires des droits plus étendus que ceux qui résulteraient d'une communauté ordinaire. En effet, chaque voisin peut faire subir au mur mitoyen certaines innovations sans le consentement de l'autre, notamment construire contre le mur et même le surhausser : ce qu'il n'aurait pas le droit de faire s'il y avait simple communauté (3). La loi réglemente la première de ces facultés dans l'art. 657, et la seconde dans les art. 658 s. Etudions-les successivement.

960. Chacun des deux voisins peut adosser des constructions contre le mur mitoyen sauf le respect des servitudes existant au profit du fonds voisin (4). Le droit de bâtir implique le droit de percer le mur de part en part pour y incruster des poutres ou des solives. L'art. 657 dit à ce sujet : « *Tout » copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et » y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur » du mur, à cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près, » sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à*

(1) Cass., 1er juil. 1861, S., 62. 1. 81, D., 62. 1. 138. — Rennes, 1er mai 1874, S., 74. 2. 172, D., 75. 2. 60.

(2) Cass. belge, 18 oct. 1883, S., 86. 4. 13. — Cpr. cep. Cass., 7 janv. 1845, S., 45. 1. 269, D., 45. 1. 81. — Bourges, 19 février 1872, S., 72. 2. 222, D., 72. 2. 124.

(3) A défaut d'entente à cet égard on devra, conformément à l'art. 662, dont la portée est générale, recourir à une expertise. — Les locataires de l'immeuble contigu ne peuvent s'opposer à l'expertise, ni d'une façon générale, à l'exercice de la faculté conférée par l'art. 657; ils sont sans qualité pour discuter les questions se référant à la mitoyenneté, Aix, 10 janv. 1899, *Gaz. Trib.*, 1er mars 99; Trib. civ. Angers, 6 mai 1899, *Gaz. Trib.*, 29 juin 1899.

(4) V. *supra*, n. 958. — En sens inverse, il n'est pas permis d'adosser des constructions au mur demeuré la propriété exclusive du voisin; mais, lorsque l'on se contente de relier les extrémités de son mur à celui du voisin, il n'y a pas adossement d'une construction et, par suite, l'acquisition de la mitoyenneté du mur voisin n'est pas nécessaire. Cass., 31 mai 1894, D., 95. 1. 66.

» *l'ébauchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas* » *où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même* » *lieu, ou y adosser une cheminée* ».

= *A cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près.* Ce petit espace doit être ménagé pour qu'il soit possible de recouvrir de ciment l'extrémité de la poutre.

= *A l'ébauchoir.* On désigne sous ce nom un fort ciseau, à l'aide duquel les charpentiers peuvent réduire une poutre sans la déplacer : ce qu'il y aura lieu de faire notamment lorsque le voisin voudra adosser une cheminée à la partie du mur où se trouve placée la poutre ; car celle-ci ne serait pas suffisamment protégée contre le feu par les deux pouces de ciment qui recouvrent son extrémité.

Le propriétaire ne peut faire réduire à moitié les poutres placées dans le mur mitoyen que s'il veut placer à cet endroit même l'un des ouvrages mentionnés dans l'art. 657 (1).

2° *Exhaussement du mur.*

961. Chaque voisin a le droit de surhausser le mur mitoyen. « *Tout copropriétaire* », dit l'art. 658, « *peut faire exhausser* » *le mur mitoyen ; mais il doit payer seul la dépense de* » *l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la* » *hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de* » *la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur* ».

Le droit d'exhausser le mur mitoyen est absolu, en ce sens tout au moins qu'il appartient à chacun des co-propriétaires, non seulement dans le but d'appuyer un bâtiment sur la partie surélevée, mais encore pour tout autre motif, par exemple pour intercepter les vues du voisin (2). Celui qui pratique l'exhaussement est tenu de respecter les servitudes existantes au profit de l'héritage contigu (3) ; d'autre part, la doctrine accorde aux tribunaux un pouvoir modérateur, lorsque l'exhaussement présente de très graves inconvénients. Les auteurs, toutefois, ne sont pas d'accord sur les limites exactes de ce pouvoir : la plupart, appliquant la règle *malitiis*

(1) Riom, 14 juin 1858, D., 58. 2. 192.
(2) Aubry et Rau, II, § 222, p. 427. — Cpr. Paris, 13 juin 1864, S., 64. 2. 220.
(3) Rennes, 31 déc. 1880, S., 81. 2. 106.

non est indulgendum, n'apportent au droit conféré par l'article 658 de restriction que dans l'hypothèse où la surélévation excessive du mur, sans intérêt pour celui qui veut l'effectuer, serait uniquement conseillée par la pensée mauvaise de nuire au voisin (1). Un motif plus large permettrait à la fois de justifier et d'étendre le pouvoir modérateur des tribunaux. Le droit de l'art. 658 déroge aux règles ordinaires de la copropriété, puisqu'il donne la faculté d'entreprendre sur la chose commune une innovation sans l'assentiment de l'autre copropriétaire ; cette dérogation ne sera légitime que si elle est renfermée en de saines limites ; l'innovation permise suppose pour son auteur un intérêt quelconque, ou tout au moins l'absence d'un inconvénient grave pour le voisin. Dans l'ancien droit, le texte correspondant de la coutume de Paris, beaucoup plus catégorique encore (2), n'empêchait pas la jurisprudence d'apporter des tempéraments équitables à l'exercice du droit conféré.

On doit donc laisser au juge le pouvoir de réduire à des proportions convenables un exhaussement dangereux pour le voisin, ou trop gênant pour lui, si, d'ailleurs, aucun intérêt sérieux ne justifiait cette entreprise (3). Cependant la jurisprudence actuelle refuse ce pouvoir modérateur, et la cour suprême a très rigoureusement consacré le droit absolu de pratiquer l'exhaussement, même lorsqu'il nuit au copropriétaire, sans présenter d'intérêt actuel pour celui qui l'entreprend (4).

962. Un moyen facile d'écarter cette controverse serait d'admettre ici l'application de l'art. 662, en ce qui concerne

(1) Aubry et Rau, II, § 222, p. 427 ; Demolombe, XI, n. 398 ; Duranton, V, n. 330 ; Pardessus, I, n. 173 ; Flandin, *Rev. crit.*, 1864, XXV, p. 17 ; Pothier, *Cont. de société*, n. 212. — Paris, 18 juin 1862, S., 62. 2. 500 cassé par l'arrêt de 1864 *infra*.

(2) L'art. 195 de la coutume de Paris était ainsi conçu : « Il est loisible à un voisin de hausser le mur mitoyen, « *si haut que bon lui semble* ».

(3) Cpr. Laurent, VII, n. 555.

(4) Cass., 11 avril 1864, S., 64. 1. 165, D., 64. 1. 219 ; 18 août 1874, S., 74. 1. 461, D., 75. 1. 155. — Toulouse, 22 nov. 1864, S., 65. 2. 95. — Cpr. Cass., 2 juil. 1895, S., 95. 1. 445. — L'exhaussement, toutefois, ne doit jamais empiéter, sous forme de surplomb, sur le fonds contigu du voisin. Cass., 15 juillet 1901, D., 02. 1. 52, S., 02. 1. 217.

la nécessité de l'expertise. En cas de conflit, l'expert règlerait les détails d'exécution, de façon à concilier les intérêts respectifs. Mais il est un système qui ne considère pas l'expertise comme nécessaire : on soutient seulement que la prudence commande d'y recourir, afin d'établir l'état exact du mur, afin de savoir si la reconstitution est ou non nécessaire, s'il ne doit pas être réparé d'abord à frais communs (1) ; autrement celui qui entreprend l'innovation risquerait de se trouver en faute, et l'on pourrait, par exemple, ordonner à ses frais la démolition et la reconstruction du mur mitoyen, dans le cas où l'exhaussement aurait été effectué sur un mur déjà mauvais, dans des conditions défectueuses, de façon à entraîner bientôt la ruine complète du mur (2). S'il en est ainsi, et si l'expertise présente tant d'utilité, pourquoi donc ne pas la rendre obligatoire, en cas de dissentiment, par extension de l'art. 662 (3) ?

963. Les derniers mots de l'art. 658, *suivant la valeur*, signifient : suivant la valeur de l'exhaussement. La loi a supposé, ce qui sera vrai, en effet, le plus souvent, que la valeur de l'exhaussement est en rapport direct avec son poids, et elle a voulu dire que l'indemnité à payer au voisin est proportionnelle à la surcharge imposée au mur, c'est-à-dire au poids de l'exhaussement. En effet, plus ce poids est considérable et plus il fatiguera le mur, qui exigera désormais des réparations plus fréquentes et sera menacé d'une destruction plus prochaine. La coutume de Paris fixait à forfait l'indemnité de la surcharge au sixième du prix qu'avait coûté l'exhaussement, « de six toises l'une », dit le texte. Notre article la règle d'une manière plus équitable, en décidant qu'elle sera proportionnelle à la surcharge.

On admet d'ordinaire que l'indemnité doit être payée à nouveau toutes les fois que le mur est reconstruit dans les

(1) Cass., 18 avril 1866, S., 66. 1. 430, D., 66. 1. 336; Laurent, VII, n. 559; Duranton, V, n. 335.

(2) Cass., 16 mars 1881, S., 81. 1. 223, D., 82. 1. 76.

(3) V. dans le sens de la nécessité de l'expertise, Aubry et Rau, II, § 222, p. 426, note 32; Demolombe, XI, n. 416; Demante, II, n. 516 *bis*; Marcadé, II, sur l'art. 662; Toullier, III, n. 206; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 295. — Cpr. *infra*, n. 970.

mêmes conditions (1). Cette solution semble peu exacte, et il vaux mieux dire que l'indemnité a été fixée une fois pour toutes, au moment de l'exhaussement, en prévision précisément de réparations et de reconstructions plus fréquentes.

L'indemnité doit être réduite en cas de dépenses faites pour donner au mur plus de solidité, et lui permettre de supporter l'exhaussement; même, si les travaux confortatifs avaient été assez sérieux pour supprimer tous les inconvénients de la surcharge, aucune indemnité ne serait due (2).

Cette solution se trouve, à vrai dire, contenue dans l'article suivant.

964. En effet, aux termes de l'art. 659 : « *Si le mur mi-* » *toyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui* » *qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses* » *frais et l'excédent d'épaisseur doit se prendre de son côté* ».

La reconstruction du mur se fait en entier aux frais de celui qui veut l'exhausser, à moins que le mur n'ait déjà besoin d'être réparé ou reconstruit (3). L'art. 655 permettrait alors de faire supporter à l'autre communiste une partie des frais de reconstruction, c'est-à-dire la moitié de la somme qui aurait été dépensée pour réparer ou reconstruire l'ancien mur, question de fait à résoudre par expertise (4).

Dans l'hypothèse de l'art. 659, il n'est plus dû d'indemnité à raison de la surcharge; car si le mur est plus chargé, il est aussi plus solide, puisqu'il est neuf, et peut-être plus épais; par conséquent, il n'exigera pas de réparations plus fréquentes.

Lorsque le voisin a, conformément à l'art. 660, acquis la mitoyenneté de la partie surélevée, il est libre d'invoquer à son tour l'art. 650, et d'exhausser à nouveau le mur, mais en supportant seul les frais nécessaires à cet effet (5).

(1) Demolombe, XI, n. 401; Demante, II, n. 513 *bis*; Pardessus, I, n. 177.

(2) Cass., 2 juil. 1895, S., 95. 1. 445.

(3) Il en est ainsi toutes les fois que la démolition et la reconstruction du mur mitoyen, alors même qu'il n'y aurait pas exhaussement, sont faites pour les convenances et les besoins de l'un des copropriétaires, Paris, 14 juin 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 517; 7 déc. 1897, *Gaz. Trib.*, 29 avril 1898. — Trib. civ. Seine, 17 juin 98, *Pand. franç.*, 99. 2. 207.

(4) Cpr. Paris, 8 mai 1868, S., 68. 2. 338; 31 déc. 1870, D., 72. 2. 85.

(5) Cass., 18 août 1874, S., 74. 1. 461, D., 75. 1. 155.

Le voisin qui fait exhausser le mur mitoyen doit en supporter les frais, mais doit-il indemniser l'autre communiste de tous les dommages résultant du travail entrepris? Pour que la difficulté naisse, il faut que l'exhaussement soit fait par un seul des copropriétaires, dans son intérêt exclusif; en effet, si les deux voisins concouraient à l'entreprise ils en supporteraient respectivement tous les inconvénients; il faut aussi que l'auteur unique de l'exhaussement ne soit pas en faute, que la construction, par exemple, n'ait pas été rendue nécessaire par sa négligence; sinon, il devrait réparation du préjudice causé (1). Lorsque, au contraire, il n'a commis aucune faute, la solution n'est plus aussi nette. Dans l'opinion générale, on fait une distinction : l'auteur de l'exhaussement doit supporter tous les frais accessoires qu'entraîne cette opération, notamment les frais de l'expertise à laquelle il aurait été procédé par application de l'art. 662, et ceux faits pour étayer la maison du voisin pendant la reconstruction du mur. Il doit aussi réparer à ses frais les dégâts matériels occasionnés par la reconstruction, par exemple rétablir dans son ancien état la toiture de l'édifice voisin, qu'il a fallu déranger, ou les espaliers du voisin qu'on a été obligé de détruire (2).

En résumé, l'auteur de l'innovation doit supporter tous les frais qui sont liés à la reconstruction du mur, et réparer tous les dommages causés à la chose mitoyenne elle-même (3).

Mais aucune indemnité ne serait due au voisin pour la privation de jouissance subie soit par lui-même (4), à raison de la gêne et des embarras momentanés qu'il éprouve pendant la

(1) Demolombe, XI, n. 405; Laurent, VII, n. 500. — Par ailleurs, aucune indemnité n'est due lorsque les deux propriétaires sont en faute, et que les torts respectifs des deux voisins peuvent être compensés. Cass., 18 avril 1866, S., 66. 1. 430, D., 66. 1. 336.

(2) Paris, 25 novembre 1874, S., 76. 2. 109.

(3) Devrait-il rétablir les peintures, sculptures ou ornements enlevés lors de la reconstruction, ou indemniser de ce chef le voisin? La solution la plus acceptable est celle de Demolombe, XI, n. 405 : l'indemnité n'est due que pour les ornements de minime valeur que l'on peut, sans imprudence, appliquer contre un mur mitoyen.

(4) Paris, 19 juillet 1848, S., 48. 2. 463, D., 48. 2. 168; 24 mars 1879, S., 79. 2. 137, D., 80. 2. 17. — Aix, 4 mai 1863, S., 64. 2. 73.

période des travaux (1), soit par ses locataires (2), en supposant d'ailleurs que les travaux aient été faits convenablement, sans perte de temps et sans faute commise (3). Ainsi la reconstruction du mur mitoyen, faite en vue de l'exhaussement, a rendu la maison voisine, adossée contre ce mur, inhabitable pendant un certain temps. Le voisin n'aura pas droit à la réparation de ce préjudice, alors même qu'il serait forcé de payer de son côté une indemnité à ses locataires ou de subir la résiliation du bail par application de l'art. 1724. Car, en faisant les travaux nécessaires pour l'exhaussement du mur mitoyen, le voisin n'a fait qu'user de son droit; or *neminem lædit qui jure suo utitur* (4). La jurisprudence applique ce principe avec une rigueur qui peut paraître excessive. Ainsi, il a été jugé à plusieurs reprises que le voisin, qui fait surhausser le mur mitoyen, n'est pas obligé de prolonger jusqu'à l'extrémité de l'exhaussement les cheminées que l'autre voisin a adossées à ce mur, et qui ne peuvent plus désormais fonctionner, sauf à celui-ci à acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement et à prolonger lui-même ses cheminées (5).

965. La reconstruction du mur mitoyen en vue de l'exhaussement pouvant causer un préjudice sérieux, le voisin doit être mis à même de l'éviter autant que possible, ou tout au moins de réduire au minimum les ennuis qu'il est contraint

(1) Ainsi, il n'est pas dû d'indemnité à raison du déménagement des meubles, ni à raison du trouble apporté dans le commerce ou dans l'industrie du voisin, ni à cause des non-locations pendant la durée des travaux. — Paris, 30 décembre 1864, S., 65. 2. 133; 5 février 1868, S., 68. 2. 337, D., 68. 2. 67.

(2) Les locataires troublés dans leur jouissance par la démolition et la reconstruction du mur mitoyen conservent tous leurs droits de résiliation ou d'indemnité contre leur bailleur. — Paris, 30 décembre 1864, précité; 15 décembre 1875, S., 76. 2. 109, D., 76. 2. 1. Mais le bailleur n'a aucun recours contre l'auteur de l'exhaussement, mêmes arrêts, *addé* : Paris, 8 mai 1868, S., 68. 2. 338 ; 24 mars 1879, précité.

(3) Paris, 5 février 1868, précité ; 15 décembre 1875, précité.

(4) Paris, 24 mars 1879, précité, Pothier, *Soc.*, n. 215; Aubry et Rau, II, § 222, p. 429; Demolombe, VI, n. 387, et 406; Duranton, V, n. 331. — *Contra* Laurent, VII, n. 561 s.

(5) V. notamment Orléans, 6 déc. 1881, S., 82. 2. 32, D., 82. 2. 239. — En revanche, celui qui exhausse ne peut se plaindre du désagrément qui résulte pour lui de la moindre élévation de la maison voisine, par exemple, en ce qui concerne la fumée des cheminées. — Bordeaux, 30 nov. 1865, D., 66. 2. 44.

de subir ; il a, par suite, le droit de s'opposer à la reconstruction si elle n'est pas indispensable, et si l'on peut arriver au même résultat en donnant seulement au mur plus d'épaisseur. Cette fois encore, l'extension de l'art. 662 offrirait une grande utilité ; l'expertise préalable se prononcerait sur la nécessité de la reconstruction, et indiquerait les moyens de rendre les travaux moins dommageables. Le voisin a aussi le droit de faire fixer un délai raisonnable pour l'exécution de l'entreprise. Grâce à ces restrictions, la solution indiquée n'offre rien de bien contraire à l'équité, tout en respectant le droit conféré par les art. 658 et 659 au copropriétaire d'un mur mitoyen. Que si, malgré tout, le voisin souffre de la reconstruction, c'est comme une compensation des bénéfices qu'il retire de la mitoyenneté ; l'auteur de l'exhaussement qui cause ce trouble se trouvera, peut-être, dans l'avenir, en butte aux mêmes ennuis ; c'est, entre communistes, la réciprocité des avantages et des inconvénients inhérents à la mitoyenneté.

966. Quelle est la condition exacte du mur reconstruit et exhaussé ? La partie inférieure, jusqu'à la hauteur ancienne, jusqu'au point où l'exhaussement a été pratiqué, est mitoyenne, et, dans toute son épaisseur, le voisin a sur elle tous les droits que confère la mitoyenneté, celui, par exemple, d'enfoncer des poutres à 54 millimètres près ; toutefois, la ligne séparative des deux héritages n'est pas reportée au milieu du nouveau mur, et, en cas de démolition, celui qui l'avait reconstruit reprendrait le terrain sur lequel a été pris l'excédent d'épaisseur. Mais, si le voisin use de tous les avantages de la mitoyenneté, il en doit aussi supporter toutes les charges ; désormais, les réparations, bien que plus onéreuses à cause de l'épaisseur augmentée, se feront, pour la portion du mur ci-dessus indiquée, à frais communs, sauf la ressource d'abandonner la mitoyenneté, si le voisin trouve les dépenses trop élevées (1). Quant à la partie exhaussée du mur, elle est la propriété exclusive de celui qui l'a créée ; il en supporte seul les réparations ; mais, en revanche, il exerce sur elle les droits qui appartiennent au propriétaire d'un mur non mi-

(1) *Contra* Demolombe, XI, n. 407.

toyen, celui, par exemple, de pratiquer des jours de souffrance, conformément aux art. 676 et 677 C. civ., tant que le voisin n'aura pas acquis la mitoyenneté de l'exhaussement (1).

Cela nous conduit à parler de l'acquisition de la mitoyenneté de l'exhaussement. Ce point est réglé par l'art. 660.

967. « *Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement, peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédent d'épaisseur, s'il y en a* » (art. 660).

Ce texte n'est, dans son principe, qu'un corollaire de l'art. 661, qui permet d'acheter, en tout ou en partie, la mitoyenneté d'un mur. L'acquéreur de l'exhaussement est donc tenu, comme il a été dit (2), de respecter les servitudes établies au profit de la partie surélevée du mur (3). D'une façon générale, toutes les règles indiquées à propos de l'article 661 reçoivent ici leur application, sauf celle relative à la détermination du prix, l'art. 660 contenant, à cet égard, une disposition spéciale.

Ce texte doit être entendu en ce sens que le voisin qui veut acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement doit payer, outre la moitié du prix qu'il a coûté, la moitié de ce qu'il a fallu dépenser pour mettre le mur en état de le supporter (4), et la moitié de la valeur du sol qui aurait été fourni pour l'excédent d'épaisseur.

Ce mode de fixation de l'indemnité diffère de celui établi par l'art. 661 pour le cas d'acquisition de la mitoyenneté d'un mur. En effet, tandis que l'art. 661 règle le montant de l'indemnité sur la valeur du mur, l'art. 660 le règle, non sur la valeur de l'exhaussement, mais sur le prix qu'il a coûté, prix qui sera souvent supérieur à sa valeur ; car il est ordinaire qu'en constructions on dépense plus qu'on ne produit. La loi

(1) Demolombe, XI, n. 408; Laurent, VII, n. 563; Demante, II, n. 513 *bis*, III; Duranton, V, n. 333; Merlin, *Rép.*, v° *Vue*, § 3, n. 8. — *Contra* Douai, 17 février 1810, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 546.

(2) V. *supra*, n. 958.

(3) Grenoble, 1er août 1827, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 476.

(4) Si le mur a été reconstruit avant d'être exhaussé, le voisin ne doit pas acquérir seulement la mitoyenneté de la partie surélevée; il doit encore payer la plus-value du mur reconstruit. — Lyon, 17 déc. 1895, *La loi*, 16 mai 1896.

a voulu sans doute, en adoptant ce mode de calcul, déjouer par avance la spéculation peu loyale de l'un des copropriétaires du mur mitoyen, qui, ayant intérêt tout aussi bien que son voisin à l'exhaussement du mur, laisserait celui-ci faire seul les frais de cet exhaussement pour en acquérir, aussitôt après, la mitoyenneté à bas prix. Aussi la plupart des auteurs enseignent-ils que, si l'exhaussement était de construction ancienne, l'indemnité à payer par le voisin qui veut en acquérir la mitoyenneté devrait être réglée d'après l'art. 661, et non d'après l'art. 660 (1).

Cette solution soulève pourtant des critiques sérieuses : le texte de l'art. 660 est formel et ne permet aucune distinction; on prête au législateur un motif raisonnable, sans doute, mais non inséré dans le texte même. D'ailleurs, l'application de l'art. 660 deviendrait ainsi très arbitraire : à quel moment la construction sera-t-elle assez ancienne pour écarter tout soupçon d'une spéculation malhonnête ? Et si, devant un exhaussement tout nouveau, on démontre qu'aucun calcul de ce genre n'a pu exister dans l'esprit de celui qui désire acquérir la mitoyenneté, faudra-t-il appliquer l'art. 660 ou l'art. 661 ? Ainsi, peu de temps après l'achèvement des travaux, le voisin a vendu sa propriété ; son ayant cause, l'acheteur, veut acquérir la mitoyenneté de la partie surélevée. Il n'a pu faire le calcul déloyal que l'art. 660 a eu pour but de déjouer, et cependant il semblerait difficile de ne pas appliquer ce texte ; le plus sage est donc de suivre la règle qu'il édicte, sans distinction, dans toutes les hypothèses (2).

968. Les art. 658 s. ne s'occupent que de l'exhaussement du mur mitoyen ; on doit reconnaître aussi à chacun des copropriétaires le droit de donner aux fondations du mur une plus grande profondeur, si cela était nécessaire pour une cause

(1) Demolombe, XI, n. 376 ; Demante, II, n. 515 *bis*, I; Duranton, V, n. 334; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 293.

(2) Laurent, VII, n. 564. — On pourrait, d'ailleurs, justifier la disposition de l'art. 660 par un autre motif, et dire que, pour la partie supérieure d'un mur, la différence entre sa valeur vénale et son prix de revient est beaucoup plus considérable que pour la partie inférieure ; on ne pouvait se contenter d'offrir au constructeur de l'exhaussement une somme insignifiante, comparée aux frais par lui payés.

quelconque, par exemple pour aménager une cave. L'art. 662, au besoin, règlerait l'hypothèse. L'auteur des travaux ainsi exécutés serait propriétaire exclusif des fondations nouvelles; il devrait les entretenir et les refaire à ses frais (1).

3° *Usages divers.*

969. Chacun des copropriétaires d'un mur mitoyen peut s'en servir pour tous les autres usages auxquels il est naturellement destiné, par exemple y adosser des espaliers, des treillages, des ornements et autres objets, surtout lorsqu'ils ne sont pas incorporés au mur et n'y exercent aucune poussée (2); il peut aussi y encastrer des tuyaux, même les tuyaux de descente d'une fosse d'aisance (3), y pratiquer des enfoncements pour faire un placard ou une niche...

Cependant on a prétendu que le copropriétaire d'un mur mitoyen n'y pouvait pratiquer d'autres enfoncements que ceux prévus dans l'art. 657 (4); sans doute on devra, s'il y a lieu, observer les précautions édictées pour l'exécution de certains travaux (5), mais, cette restriction formulée, il y a un texte qui ne laisse aucun doute, c'est l'art. 662. Les excavations du mur, comme tout autre ouvrage, sont possibles après entente amiable ou expertise (6).

970. En usant de son droit sur le mur mitoyen, l'un des copropriétaires ne doit, autant que possible, ni nuire aux droits de l'autre (7), ni compromettre la solidité du mur.

Ainsi, d'ordinaire, les travaux ne doivent pas être appuyés sur l'un des côtés du mur, sur la moitié seulement de son

(1) Le voisin aurait, sans aucun doute, le droit d'acheter la mitoyenneté de ces fondations; mais quant à la détermination du prix, il faudrait appliquer, non pas l'art. 660 qui déroge au droit commun, mais l'art. 661.

(2) A la condition, toutefois, de respecter les prescriptions de l'art. 674.

(3) Cass., 7 nov. 1849, S., 50. 1. 18, D., 49. 1. 295; ces tuyaux ne sont pas, quant à leur mode de construction, soumis aux dispositions prescrites pour les fosses elles-mêmes. — Aubry et Rau, II, § 222, p. 427; Demolombe, XI, n. 412.

(4) Pardessus, I, n. 172.

(5) V. *infra*, art. 674.

(6) Aubry et Rau, II, § 222, p. 427; Demolombe, XI, n. 411; Laurent, VII, n. 553. — Cpr. Dijon, 18 août 1847, S., 48. 2. 137, D., 48. 2. 103.

(7) Par suite, un tiers ne peut utiliser le mur à aucun titre sans le consentement des deux copropriétaires. — Trib. civ. Périgueux, 1er déc. 1894, *Droit*, 15 déc. 1894.

épaisseur; c'est un mode de construction tout à fait défectueux, ayant pour résultat d'amener plus vite l'affaissement et la dégradation du mur (1). De même, l'un des copropriétaires ne pourrait établir un ouvrage quelconque en saillie sur le fonds du voisin, ni réduire le mur soit dans son épaisseur, soit dans sa hauteur (2).

Aussi, lorsque l'un des voisins veut faire subir au mur une innovation, la loi exige-t-elle, en principe, qu'il obtienne le consentement de l'autre voisin, ou que, tout au moins, à défaut de ce consentement, il fasse régler par experts les moyens à employer pour sauvegarder dans la mesure du possible les droits du voisin. L'art. 662 dit à ce sujet : « *L'un* » *des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mi-* » *toyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun* » *ouvrage sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à* » *son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires* » *pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits* » *de l'autre* ».

= *Ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage.* Ces termes sont tellement généraux qu'on s'étonne qu'il puisse y avoir controverse sur le point de savoir si notre disposition est applicable aux travaux dont parlent les art. 657, 658 et 659, c'est-à-dire aux constructions faites contre ce mur mitoyen et à l'exhaussement de ce mur. Construire contre le mur mitoyen, c'est bien *y appliquer un ouvrage*, et l'exhausser, c'est bien *y appuyer un ouvrage* (3). D'ailleurs il y aurait dans la loi une véritable contradiction, si elle devait être entendue en ce sens que le consentement du voisin ou une expertise sera nécessaire pour adosser par exemple des espaliers au mur mitoyen, mais non pour construire contre le mur ou pour le surhausser. Les constructions contre ce mur mitoyen et le surhaussement de ce mur sont les innovations les plus

(1) Il y a, toutefois, une question de fait à examiner; s'il n'en résultait aucun inconvénient pour le mur, et si les droits du voisin étaient sauvegardés, de tels travaux pourraient être maintenus. Cass., 18 août 1874, S., 74. 1. 461, D., 75. 1. 155.

(2) Demolombe, XI, n. 415. — On doit aussi respecter les prescriptions de l'art. 675. — V. *infra.*

(3) De même on ne peut guère placer des poutres ni des solives (art. 657 sans *pratiquer un enfoncement.*

graves, et il serait incompréhensible que, précisément pour ces deux cas, la loi eût supprimé la mesure de protection établie par l'art. 662.

En étudiant les art. 658 et 659, nous avons vu (1) quelle utilité présentait l'expertise préalable, comment, en pratique, elle paraissait même indispensable, comment aussi elle arrivait à faciliter la solution des conflits susceptibles de naître, lorsque l'exhaussement et la reconstruction causent un préjudice sérieux au voisin. Si donc le législateur a écrit les articles 657, 658 et 659 sans parler d'expertise, c'est qu'il a voulu indiquer seulement dans ces textes les droits les plus importants attachés à la mitoyenneté, en fixer certains détails, se réservant de régler d'une façon générale, dans un texte de principe, les conditions d'exercice de ces droits. La doctrine se prononce généralement en ce sens (2).

L'interprétation de l'art. 662 ne doit pas, cependant, être trop rigoureuse; ainsi l'on pourrait, sans aucun consentement, sans aucune expertise préalable, dresser contre le mur mitoyen des objets inoffensifs, tels que des objets mobiliers dans l'intérieur d'un magasin (3). Du reste, en prenant à la lettre les termes de l'art. 662, aucun enfoncement, en pareil cas, n'a été pratiqué, et, à proprement parler, il n'y a pas *un ouvrage* appuyé sur le mur.

971. Lorsque le voisin veut bien donner son consentement, il est prudent de l'obtenir par écrit. A défaut de consentement, on s'adressera au juge du référé pour obtenir la nomination d'experts ou, par sommation extra-judiciaire, on invitera le voisin à se trouver avec un expert à un jour fixé, pour étudier la question; en laissant la sommation sans réponse, le voisin risquerait de supporter les frais de l'expertise judiciaire.

(1) V. *supra*, n. 962.

(2) Aubry et Rau, II, § 222, p. 426, note 32; Demolombe, XI, n. 416; Demante, II, n. 516 *bis*; Marcadé, II, sur l'art. 662; Toullier, III, n. 206; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 295. — *Contra* cependant Laurent, VII, n. 559; Duranton, V, n. 335. — La jurisprudence de la cour de cassation est également contraire à la solution admise généralement en doctrine. Cass., 18 août 1866, S., 66. 1. 430, D., 66. 1. 336.

(3) Metz, 25 août 1863, S., 64. 2. 57, D., 64. 2. 111. — Laurent, VII, n. 554.

972. L'art. 662 est une garantie pour chacun des copropriétaires contre les entreprises du voisin. Si les prescriptions de ce texte n'avaient pas été observées, le voisin menacé serait en droit d'assigner l'autre communiste afin de faire régler par experts la marche à venir des travaux (1), ou d'en exiger la suppression. Le tribunal serait libre de faire vérifier d'abord la nature des travaux irrégulièrement entrepris (2), et d'ordonner ensuite, selon les circonstances, avec ou sans dommages-intérêts, soit la destruction, soit la modification des ouvrages achevés ou inachevés (3).

D. *Charges de la mitoyenneté.*

973. « *La réparation et la reconstruction du mur mitoyen* » *sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportion-* » *nellement au droit de chacun* » (art. 655).

= *Proportionnellement au droit de chacun.* Ces mots font allusion au cas où le mur n'est mitoyen que pour partie.

La contribution des deux propriétaires aux frais d'entretien s'impose alors même que les réparations ne seraient effectuées que d'un côté du mur, à moins qu'on ne puisse reprocher une faute précise à celui du côté duquel se fait la réparation (4).

Car il va sans dire que, si la reconstruction ou les réparations étaient devenues nécessaires par la faute de l'un des voisins, elles seraient entièrement à sa charge (arg. art. 1382) (5).

974. Lorsque l'un des propriétaires démolit le mur dans

(1) Si une telle assignation avait été lancée sans motif suffisant, et si l'expertise démontrait qu'aucun des ouvrages soumis à l'art. 662 n'avait été pratiqué, le demandeur devrait supporter tous les frais de l'instance. — Cass., 7 avril 1858, S., 58. 1. 440, D., 58. 1. 408.

(2) Cass., 20 nov. 1876, S., 77. 1. 149, D., 78. 1. 416.

(3) Les tribunaux sont arbitres souverains dans l'application de l'art. 662. — Cass., 2 fév. 1897, D., 97. 1. 71; 18 janv. 1899, D., 99. 1. 279, S., 99. 1. 268; 15 fév. 1899, *Mon. Lyon*, 20 mars 1899,

(4) Demolombe, XI, n. 387; Laurent, VII, n. 542. — Cpr. Grenoble, 20 juillet 1822, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 476.

(5) Cass., 31 janv. 1876, S., 77. 1. 393, D., 77. 1. 230. — Il s'agissait, dans l'espèce, d'une commune dont les agents avaient ébranlé le mur mitoyen; on avait ensuite, par mesure de sécurité publique, ordonné la démolition du mur qui avançait sur la voie publique.

son intérêt exclusif, par exemple pour y appuyer des constructions plus lourdes, que l'ancien mur n'aurait pu supporter, il prend, en principe, à sa charge tous les frais de démolition et de reconstruction ; l'art. 655, en effet, suppose que le mur en mauvais état ne pouvait plus suffire à sa destination première ; mais lorsque le mur, bien que défectueux à certains égards, à raison de son aplomb par exemple, ou des matériaux qui le composent, soutenait assez bien les constructions existantes, et pouvait durer quelques années encore, la règle de l'art. 655 cesse d'être recevable. Cette solution, admise en jurisprudence (1), a été mal à propos critiquée dans son principe (2); l'un des communistes ne saurait imposer à l'autre une charge, suivant son caprice ou son intérêt personnel. L'art. 657 donne le droit de bâtir et, par suite, de consolider, s'il y a lieu, le mur mitoyen, mais aux frais de celui qui fait élever la construction nouvelle.

Est-ce à dire qu'en toute hypothèse le constructeur devra supporter tous les frais sans aucune réduction, sans que le voisin contribue aux dépenses pour la plus minime part? Les arrêts les plus récents paraissent vouloir consacrer l'affirmative avec une rigueur excessive (3). Les formules des arrêts antérieurs sont, à coup sûr, plus équitables. Dans l'hypothèse de l'art. 655, la contribution est proportionnelle aux droits de chacun ; s'il y a deux copropriétaires, les frais se partagent par moitié, chacun ayant le même intérêt dans la reconstruction. Au contraire, lorsque le mur est refait dans le but de soutenir les nouvelles constructions de l'un des communistes, l'intérêt de ce dernier est de beaucoup le plus considérable ; en définitive, la contribution doit s'opérer en proportion des intérêts respectifs. Lorsque le mur est en très bon état, presque neuf, on n'aperçoit que le seul avantage du

(1) Cass., 18 mars 1872, S., 72. 1. 213, D., 72. 1. 106; 17 nov. 1875, S., 76. 1. 28. — Orléans, 22 mai 1866, D., 66. 2. 88. — Paris, 7 fév. et 21 mars 1872, D., 72. 2. 85; 22 fév. 1872, S., 73. 2. 118, D., 73. 2. 48; 24 mars 1874, 24 nov. 1874, 15 déc. 1875, S., 76. 2. 180; D., 76. 2. 1; 24 mars 1879, S., 79. 2. 137, D., 80. 2. 17; 26 mars 1895, D., 95. 2. 239. — Amiens, 28 fév. 1873, S., 73. 2. 118, D., 75. 5. 423; 10 avril 1883, S., 84. 2. 31. — Paris, 7 déc. 1897, *Gaz. Trib.*, 29 avril 1898.

(2) Laurent, VII, n. 544.

(3) Cass., 18 mars 1872, précité.

constructeur; celui-ci devra supporter tous les frais ; si, au contraire, le mur est déjà vieux, « presque » insuffisant à sa destination première, l'autre voisin devra supporter dans les frais de reconstruction une part contributoire, que l'on calculera en tenant compte des services que le mur aurait encore pu rendre et de l'anticipation de dépenses imposées au voisin (1).

975. Dans les frais de reconstruction mis à la charge exclusive de l'un des copropriétaires, on comprend ceux de clôture provisoire et d'étai du bâtiment voisin pendant les travaux (2), ainsi que les dépenses de réfection et de raccord à exécuter dans ce bâtiment, et celles relatives au rétablissement des ouvrages et objets que l'on peut, sans imprudence, placer contre le mur (3).

Des questions analogues à celles indiquées à propos de l'art. 659 s'élèvent au sujet des réclamations émanées des locataires du bâtiment voisin (4).

976. La contribution prévue par l'art. 656 s'applique, on le sait, lorsque la réparation et la reconstruction deviennent nécessaires par suite de l'état défectueux du mur ; il importe donc, avant de commencer aucun travail, qu'un accord s'établisse entre les communistes sur ce point, ou, qu'à défaut, des experts constatent la nécessité des travaux ; sinon celui qui en aurait pris l'initiative risquerait, faute de preuve suffisante, de supporter tous les frais de réfection (5).

Lorsque la reconstruction est nécessaire, si l'on veut appliquer l'art. 656 et arriver au partage des frais, il faut que le

(1) Paris, 30 déc. 1864, S., 65. 2. 133; 5 fév. 1868, S., 68. 2. 237, D., 68. 2. 67 ; 8 mai 1868, S., 68. 2. 338; 31 déc. 1870, D., 72. 2. 85. — Enfin, si le mur est dans un état de ruine imminente, les frais se partagent par moitié. Paris, 15 janv. 1876, D., 77. 2. 7.

(2) Paris, 22 fév. 1872, 24 mars 1874; 15 déc. 1875, précités.

(3) V. arrêts cités note *supra*. — Cpr. sur le rétablissement de la jambe étrière dont les frais se partagent par moitié, les mêmes arrêts.

(4) V. les arrêts indiqués *supra*, n. 964, et spécialement Paris, 19 juillet 1848 ; 30 déc. 1864 ; 5 fév. et 8 mai 1868 ; 15 déc. 1875 et 24 mars 1879. — Aix, 4 mai 1863.

(5) Bourges, 14 janv. 1843, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 492; le propriétaire qui a fait l'avance de tous les frais d'un mur mitoyen construit d'accord avec le voisin a, pour le remboursement de ses frais, une action réelle qu'il peut exercer contre l'acquéreur, tiers détenteur de la propriété voisine. — Paris, 3 avril 1841, S., 41. 2. 540, D., 41. 2. 184.

mur nouveau soit refait dans les mêmes conditions que l'ancien, à moins que ce dernier ne soit contraire aux règles de l'art ou insuffisant à l'usage commun des deux copropriétaires (1). Si, en reconstruisant, l'un d'eux, dans son intérêt, voulait le rendre de qualité meilleure, il supporterait seul l'excédent de dépenses.

977. « *Cependant tout propriétaire d'un mur mitoyen peut* » *se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions,* » *en abandonnant le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur* » *mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne* » (art. 656).

L'obligation de contribuer aux réparations et à la reconstruction du mur mitoyen ayant pour chacun des voisins sa cause dans son droit de copropriété, cette obligation doit disparaître par l'abandon de ce droit. C'est d'ailleurs un principe général que celui qui n'est tenu que *propter rem,* peut se libérer de son obligation par l'abandon de la chose.

Comme l'acquisition de la mitoyenneté, l'abandon peut n'être que partiel et porter seulement sur la portion du mur qui a besoin de réparation (2).

Le voisin qui veut user de la faculté établie par notre article, doit abandonner « son droit de mitoyenneté », c'est-à-dire son droit dans la chose mitoyenne. Or la chose mitoyenne, c'est le mur et le sol sur lequel il est bâti ; car le mur ne peut pas être séparé du sol dont il est un accessoire. L'abandon doit donc comprendre le mur et le sol tout à la fois : l'un comme l'autre deviendra la propriété exclusive de l'autre voisin.

L'abandon de la mitoyenneté implique un contrat entre les deux copropriétaires du mur (3). Cet abandon n'est en effet que la réponse de l'un des voisins à une proposition faite par l'autre de procéder à frais communs aux réparations ou à la reconstruction du mur conformément à l'art. 655, et cette réponse doit être traduite ainsi : Faites les réparations ou la

(1) Aubry et Rau, II, § 222, p. 425 ; Demolombe, IX, n. 395.

(2) Cass., 3 avril 1865, S., 65. 1. 159, D., 65. 1. 176; Aubry et Rau, II, § 222, p. 426; Laurent, VII, n. 547.

(3) Il sera prudent d'exiger un acte écrit comme preuve de l'abandon.

reconstruction à vos frais, et, à titre de compensation, je vous abandonne mon droit de mitoyenneté dans le mur. L'abandon de la mitoyenneté est donc conditionnel; il est consenti sous cette condition, exprimée ou sous-entendue, que le voisin procèdera aux réparations ou à la reconstruction. Par conséquent, s'il ne remplissait pas cette condition, c'est-à-dire s'il laissait tomber le mur en ruine, ou à plus forte raison s'il le démolissait, celui qui a fait l'abandon de la mitoyenneté pourrait demander que cet abandon fût considéré comme non avenu, et réclamer la moitié du sol et des matériaux.

Il convient, au reste, de remarquer que l'abandon de la mitoyenneté par l'un des copropriétaires n'impose nullement à l'autre l'obligation de réparer ou de reconstruire le mur ; la faculté d'abandon est réciproque et reste ouverte au second communiste après l'abandon du premier ; il n'y a plus alors qu'à démolir le mur et à partager le sol et les matériaux.

Le propriétaire qui a fait l'abandon de la mitoyenneté peut la racheter plus tard. « Il peut entrer en son premier droit », comme dit l'art. 222 de la coutume de Paris.

Mais on sait qu'il devra payer la moitié de la valeur du mur et du terrain, et non pas seulement la moitié des frais que la réparation a nécessités.

978. Il y a trois exceptions à la faculté d'abandon :

La première est indiquée par notre article lui-même. Elle a lieu lorsque le mur mitoyen soutient un bâtiment appartenant à l'un des voisins. Si le propriétaire de ce bâtiment pouvait, par l'abandon de la mitoyenneté, se libérer de l'obligation de contribuer aux réparations du mur, il conserverait les avantages de la mitoyenneté sans en supporter les charges. Il ne serait autorisé à faire l'abandon qu'après avoir démoli la partie de son édifice qui s'appuie sur le mur; et si cette opération entraînait la ruine du mur, il en serait responsable.

Il ne suffit pas, d'ailleurs, de prendre l'engagement de démolir, il faut encore que la démolition ait été vraiment effectuée (1), sinon, il n'y a qu'un abandon conditionnel impliquant

(1) Cass., 16 déc. 1863, S., 64. 1. 33, D., 64. 1. 109. — D'après Demolombe, XI,

l'obligation de réparer le dommage éventuel que pourra occasionner la démolition.

L'exception de l'art. 656 est basée sur ce principe que l'on ne peut conserver les avantages de la mitoyenneté sans participer aux charges; aussi la faculté d'abandon cesse toutes les fois que l'on retire un avantage quelconque du mur mitoyen (1).

La deuxième exception résulte des principes généraux. L'un des copropriétaires ne pourrait pas, par l'abandon de la mitoyenneté, se libérer de l'obligation de reconstruire ou de réparer le mur mitoyen, si la reconstruction ou les réparations étaient devenues nécessaires par sa faute ; car alors il ne serait plus tenu *propter rem*, mais bien *quasi ex delicto* (2).

Enfin, la troisième exception, qui est l'objet d'une controverse, existe dans le cas où le mur mitoyen sert de clôture entre les deux héritages situés à la ville ou dans les faubourgs. Elle sera mieux comprise après l'explication de l'art. 663 auquel nous arrivons à l'instant même.

E. *Hypothèses particulières.*

979. Au sujet de la mitoyenneté des murs, la loi s'est occupée incidemment de la clôture forcée (art. 663) et du cas où les divers étages d'une même maison appartiennent à plusieurs propriétaires.

1° *De la clôture forcée.*

980. Dans les villes et faubourgs, chaque propriétaire peut forcer son voisin à contribuer aux frais de la construction et de l'entretien d'un mur mitoyen servant de séparation entre leurs héritages contigus.

L'art. 663 ne serait pas applicable si, entre les deux propriétés, existait un passage commun; celui qui aurait élevé un mur d'un côté du passage ne pourrait exiger un second

n. 389, le propriétaire, sans rien démolir, pourrait abandonner le tout, le mur et le bâtiment lui-même; cette proposition ne pourrait se justifier que par une extension excessive de l'art. 699; en effet l'abandon du bâtiment ne peut produire effet sans l'assentiment du voisin, qui n'en peut devenir propriétaire malgré lui.

(1) Paris, 4 fév. 1870, D., 70. 2. 217.

(2) Cpr. Paris, 27 nov. 1877, D., 79. 2. 21.

mur de l'autre côté (1). L'énumération des héritages, que donne notre article, comprenant les maisons, cours et jardins; est-elle limitative? Une interprétation restrictive paraît plus conforme et aux traditions de l'ancien droit et au caractère de l'obligation exceptionnelle que crée le texte (2); cependant les mots cours et jardins ne doivent pas être pris tout à fait à la lettre, et il faut assimiler à ces fonds toutes les portions de terrain qui forment une dépendance intime de la maison (3). Ainsi le passage conduisant au jardin doit évidemment être traité comme le jardin lui-même dont il fait partie intégrante (4); mais l'art. 663 ne s'appliquerait pas, et en ceci l'interprétation est restrictive, à des terrains comme une prairie qui, bien que fonds urbains, situés dans les villes ou faubourgs, ne pourraient être considérés comme dépendances des maisons (5).

A défaut d'usages locaux, la loi détermine la hauteur que devra avoir le mur de clôture. L'art. 663 dit à ce sujet :

« *Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et fau-*
» *bourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la*
» *clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jar-*
» *dins assis èsdites villes et faubourgs : la hauteur de la clô-*
» *ture sera fixée suivant les règlements particuliers ou les*
» *usages constants et reconnus ; et, à défaut d'usages et de*
» *règlements, tout mur de séparation entre voisins, qui sera*
» *construit ou rétabli à l'avenir, doit avoir au moins trente-*
» *deux décimètres (dix pieds) de hauteur, compris le chape-*

(1) Cass., 1er juill. 1857, S., 58. 1. 110, D., 57. 1. 400; Laurent, VII, n. 500.

(2) En ce sens Cass. belge, 24 avril 1857, *Pasicr.*, 57. 1. 310. — *Contra* sur le principe Cass., 27 nov. 1827, S., 28. 1. 122; 14 mai 1828, S., 28. 1. 308; Aubry et Rau, II, § 200, p. 232, note 1; Demolombe, XI, n. 382; Laurent, VII, n. 499.

(3) C'est la formule donnée par Aubry et Rau, p. 232 au texte. — Cpr. Limoges, 26 mai 1838, S., 39. 2. 139; D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 554.

(4) Cass., 27 nov. 1827, et 14 mai 1828, précités; il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle du passage commun, *supra*, note 3. Il s'agit ici d'un passage appartenant exclusivement à un propriétaire, et contigu au fonds voisin.

(5) Limoges, 26 mai 1888, précité. — Il n'est pas nécessaire toutefois que les deux héritages contigus soient bâtis l'un et l'autre; il suffit que l'un des deux soit couvert de constructions. — Poitiers, 3 avril 1894, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 595. — Il convient de remarquer que l'art. 663 doit s'effacer devant certaines règles relatives aux servitudes militaires. Cpr. Poitiers, 3 avril 1894, précité.

» *ron, dasn les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, et* » *vingt-six décimètres (huit pieds) dans les autres* ».

Cette disposition contient une atteinte au droit de propriété ; car elle oblige un propriétaire à aménager son héritage d'une certaine façon, contrairement à la règle *Unusquisque rei suæ moderator est et arbiter*. C'est qu'ici il y a un intérêt général en jeu : dans les grands centres, la sécurité des personnes exige que les héritages soient clos ; la clôture a paru nécessaire aussi pour maintenir la bonne harmonie entre voisins et diminuer les querelles de voisinage. Ici comme ailleurs, la loi n'a pas hésité à faire fléchir l'intérêt privé devant l'intérêt général.

981. De là résultent deux conséquences :

1° L'art. 663 étant d'ordre public, toute convention qui dérogerait à ses dispositions devrait être déclarée nulle et de nul effet (arg. art. 6). Il en serait ainsi notamment de la convention par laquelle deux voisins s'interdiraient respectivement le droit de réclamer l'application de notre disposition.

Dans un système contraire, on a soutenu que l'art. 663, édicté surtout dans l'intérêt privé des voisins, ne s'imposait pas à eux (1) ; les motifs invoqués à l'appui n'ont rien de bien séduisant : sans doute, l'autorité administrative ne pourrait prescrire l'établissement des clôtures, mais il est bien d'autres droits, fondés sur l'ordre public, qui échappent à l'intervention du pouvoir ; on aurait, paraît-il, dans une discussion au sein du conseil d'Etat (2), considéré comme licite une convention ayant pour but de réduire d'un commun accord la hauteur légale du mur de clôture. Cette convention peut bien se conclure au moment de la construction du mur, mais aura-t-elle pour effet d'empêcher, dans l'avenir, l'un des voisins d'exiger la hauteur légale ? La solution reste douteuse, l'argument tiré des travaux préparatoires n'ayant rien de décisif ; en tout cas, on pourrait admettre la validité d'un accord sur la hauteur du mur, puisque l'art. 663 lui-même s'en réfère

(1) Aubry et Rau, II, § 200, p. 233 ; Toullier, II, n. 162. — Caen, 20 juillet 1821, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 561. — Rouen, 24 fév. 1844, D., 44. 2. 120. — Trib. civ. Dax, 4 fév. 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 527.

(2) Locré, *Légist.*, VIII, p. 344 et 345, n. 2. — Cpr. *infra*, n. 982.

sur ce point à la coutume et n'édicte pas une règle absolue (1).

La considération essentielle est la sécurité à sauvegarder ; la convention ne pourrait réduire le mur à une hauteur insuffisante pour obtenir ce résultat ; *a fortiori* devrait-on considérer comme inefficace la convention d'après laquelle aucune clôture ne serait jamais élevée, l'art. 663 ayant la valeur d'une véritable loi de police et de sûreté (2).

982. 2° L'un des voisins ne pourrait pas se libérer de l'obligation de contribuer aux réparations du mur servant de clôture commune, en faisant à l'autre l'abandon de son droit de mitoyenneté. Encore moins pourrait-il s'affranchir de l'obligation de contribuer aux frais de la construction d'un mur de clôture, en abandonnant la moitié du terrain nécessaire pour cette construction. Sur l'un et l'autre point, la jurisprudence de la cour de cassation est en sens contraire (3) et les cours d'appel, après avoir résisté pendant longtemps (4), semblent vouloir aujourd'hui se soumettre (5). Mais il nous paraît fort douteux qu'en réformant sur ce point leur jurisprudence, elles l'aient améliorée. La cour de cassation dit à l'appui de sa doctrine que l'art. 656 est conçu dans des termes généraux et absolus, que par conséquent la faculté d'abandon qu'il consacre doit, sauf l'unique exception formellement prévue, toujours être admise dans les villes et faubourgs comme dans les campagnes, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre une première construction et une reconstruction.

Mais, d'abord, l'art. 656 paraît tout à fait inapplicable au cas où l'un des voisins élève la prétention de se soustraire à

(1) V. *infra*, n. 983.

(2) En ce sens Demolombe, XI, n. 378 ; Laurent, VII, n. 498.

(3) Cass., 3 déc., 1862, S., 63. 1. 33, D., 62. 1. 503. — 7 nov. 1864, S., 64. 1. 506, D., 64. 1. 174. — 26 juillet 1882, S., 84. 1. 79, D., 83. 1. 342.

(4) Paris, 29 juillet 1823, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 504. — Amiens, 15 août 1838, S., 39. 2. 157, D. *Rép.*, v° *Servitudes*, n. 504. — 12 déc. 1861, S., 62. 2. 231.

(5) Paris, 14 nov. 1860, S., 61. 2. 127, D., 61. 2. 18. — Bordeaux, 3 mars 1873, S., 73. 2. 203, D., 73. 5. 423. — Orléans, 24 mai 1873, S., 74. 2. 171, D., 73. 2. 185. — Nancy, 12 nov. 1892, S., 93. 2. 119. — V. dans le même sens Trib. civ. Seine, 13 déc. 1897, *La Loi*, 4 janv. 1898 ; Trib. Lyon, 8 nov. 1901, D., 03. 2. 6.

l'obligation de contribuer aux frais de la *construction* d'un mur de clôture, en abandonnant la moitié du terrain nécessaire pour cette construction. En effet il parle d'un abandon du droit de *mitoyenneté;* or, pour qu'il puisse être question d'abandonner un droit de mitoyenneté, il faut évidemment qu'il y ait une chose mitoyenne, et il n'y en a pas tant que le mur n'a pas été construit. L'art. 656 n'autorise donc pas l'un des voisins à se libérer de l'obligation de contribuer aux frais de la *construction* d'un mur de clôture, et, dès lors, il ne peut pas l'autoriser à se libérer de l'obligation de contribuer aux frais des réparations du mur existant, car les deux questions se tiennent.

A défaut de l'art. 656, invoquera-t-on l'art. 699, aux termes duquel le propriétaire du fonds assujetti « peut toujours » s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujetti » au propriétaire du fonds auquel la servitude est due? » Mais alors ce n'est pas seulement la moitié du terrain nécessaire à la construction du mur mitoyen, ou son droit de mitoyenneté dans le mur existant, que le voisin devra abandonner, mais son héritage tout entier; car c'est cet héritage qui est grevé de la servitude de construire ou de réparer.

On invoque encore les travaux préparatoires et la discussion soulevée sur l'art. 25 du projet, lequel se contentait de règler pour l'avenir la hauteur des murs mitoyens; Berlier fit remarquer « que l'art. 25 deviendrait d'une exécution plus facile si on y exprimait que le propriétaire, interpellé de contribuer à la clôture, peut s'en dispenser en renonçant à la mitoyenneté ». Tronchet répondit que cette modification était exprimée dans l'art. 18 du projet (art. 656 actuel). Mais comme l'art. 25 ne contenait aucune disposition formelle sur l'obligation de la clôture forcée, ainsi que le fit remarquer Bigot-Préameneu, on décida, après avoir discuté à nouveau sur la hauteur des murs mitoyens, le renvoi de l'article à la section de législation; après ce renvoi, qui aboutit à la rédaction actuelle, il ne fut jamais question de l'incident soulevé par Berlier (1). Les travaux préparatoires, loin de fournir un

(1) V. Locré, *Législ.*, VIII, p. 344 et 345, n. 2.

argument sérieux, ne contiennent que l'expression des opinions personnelles à quelques-uns des membres du Conseil sur un article du projet qui n'a pas même été maintenu dans sa primitive rédaction.

Les textes ni les travaux préparatoires ne fournissent donc aucun appui à la solution admise par la cour suprême. D'ailleurs, à l'art. 656 on peut opposer l'art. 663, qui est conçu lui aussi dans des termes généraux et absolus. Inutilement dit-on qu'il ne faut pas sacrifier l'art. 656 à l'art. 663. M. Laurent répond fort bien qu'il y a deux espèces de clôtures, la clôture volontaire et la clôture forcée. L'art. 656 n'est applicable qu'à la clôture volontaire, la seule dont s'occupent les textes qui le précèdent, et non à la clôture forcée, régie par l'art. 663 qui le suit. Sur cette question, la doctrine est divisée (1).

983. La clôture dont parle l'art. 663 doit consister en un mur.

La loi n'indique pas la nature des matériaux à employer, comme le faisaient quelques-unes des anciennes coutumes; les tribunaux, suivant les circonstances et d'après les usages locaux, sont chargés de se prononcer sur le mode de construction et de veiller au respect des servitudes acquises (2); mais il faut nécessairement un mur; une construction en pierres sèches, superposées sans mortier, ne formerait pas une clôture suffisante; il en serait de même *a fortiori* d'une haie (3), d'une palissade ou d'un fossé, quelles que fussent sa largeur et sa profondeur (4).

(1) V. dans le sens de l'opinion soutenue au texte Desgodets, sur l'art. 211 de la Cout. de Paris, n. 3; Bourjon, liv. XI, tit. I, ch. III, n. 6 et 10; Demolombe, XI, n. 379; Laurent, VII, n. 502; Duranton, V, n. 319; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 297 et d'autres auteurs cités dans le code annoté de Fuzier-Herman, sur l'art. 656, n. 3. — V. aussi dans le même sens Trib. de l'Emp. d'Allemagne, 8 avril 1885, S., 88. 4. 15. — *Contra* Aubry et Rau, II, § 200, p. 233, texte et note 12; Marcadé, sur l'art. 663; Toullier, III, n. 163 et 164 et autres auteurs cités dans le code annoté de Fuzier-Herman, sur l'art. 656, n. 4.

(2) Cass., 3 août 1836, S., 36. 1. 744, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 558; 10 juin 1874, S., 75. 1. 296, D., 75. 1. 165.

(3) Cass., 1er fév. 1860, S., 60. 1. 973, D., 60. 2. 125. — Amiens, 15 août 1838, S., 39. 2. 157, D., 39. 2. 111. — Aubry et Rau, II, § 200, p. 235; Demolombe, XI, n. 381; Laurent, VII, n. 501. — *Contra* Pau, 14 déc. 1868, S., 69. 2. 328.

(4) Angers, 23 avril 1819, S. chr. D., *Rép.*, v° *Servitude*, n. 504.

La construction du mur se fait à frais communs, chacun des voisins fournissant d'ailleurs la moitié du terrain.

Les dispositions de la loi relatives à la hauteur du mur de clôture se suffisent à elles-mêmes.

Quelques difficultés de détail méritent pourtant d'être signalées. D'après son texte même, l'art. 663, en ce qui concerne la hauteur, n'est pas applicable aux murs construits avant la promulgation du code, lesquels conservent leur dimension première, tant que leur reconstruction n'est pas nécessaire. D'un commun accord, les voisins sont libres d'élever le mur à une hauteur moindre que celle fixée par la loi, mais cet accord n'engage pas l'avenir et chacun conserve toujours le droit d'exiger, à un moment quelconque, la hauteur réglementaire; le texte est, en effet, impératif et il contient une disposition d'ordre public; les travaux préparatoires, on le sait, ne fournissent à l'opinion contraire, qu'un argument très fragile (1).

Si le mur avait une hauteur supérieure aux prescriptions légales, ce qui est évidemment licite, l'un des voisins ne pourrait le faire réduire sans le consentement de l'autre, chacun ayant seulement la faculté de l'exhausser (2).

Lorsqu'il existe une inégalité de niveau entre les deux héritages, la hauteur légale se mesure à partir du sol le plus élevé ; la construction se fait toujours à frais communs depuis le sommet du mur jusqu'au niveau de l'héritage supérieur ; quant à la partie basse du mur depuis ce point jusqu'au sol en contrebas, les frais se partagent encore par moitié si les inégalités de terrain sont naturelles; sinon, le voisin qui, par son fait, a rendu nécessaire la partie basse du mur, supporte seul les frais relatifs à cette portion des travaux (3).

984. Je possède un terrain situé en un lieu où la clôture est forcée (ville ou faubourg, art. 663); sur la limite de ce

(1) Demolombe, XI, n. 370 et 383 *bis*. — *Contra* Pau, 14 déc. 1868, S., 69. 2. 328. — Aubry et Rau, II, § 200, p. 235; Laurent, VII, n. 498. — V. *supra*, n. 981.

(2) Caen, 6 juil. 1824, 8 mai 1839 et 16 mars 1840, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 564. C'est une règle générale pour tout mur mitoyen.

(3) Caen, 13 mai 1837, S., 37. 2. 333, D., 37. 2. 167. — Bordeaux, 3 mars 1873, S., 73. 2. 203, D., 73. 5. 423. — Aubry et Rau, II, § 200, p. 235; Demolombe, XI, n. 384 et 384 *bis*; Laurent, VII, n. 501.

terrain, je fais construire un mur de clôture à mes frais, sans le concours du voisin. Puis-je forcer celui-ci à me rembourser la moitié de la valeur du mur et du terrain sur lequel il est assis? La cour de cassation de Belgique a résolu la question dans le sens de la négative (1) et nous croyons qu'elle a bien jugé. L'art. 663 consacre une exception au droit commun; à ce titre, il doit recevoir l'interprétation restrictive. Or il accorde à chacun des voisins le droit de forcer l'autre à contribuer aux frais de la construction d'un mur de clôture, mais non le droit de le forcer à payer sa part d'une construction déjà faite sans son assentiment. D'ailleurs, cette dernière obligation serait plus onéreuse que la première, car le voisin serait forcé de payer la moitié de la valeur du terrain occupé par le mur, et il aurait peut-être préféré fournir sa moitié en nature. C'était la solution admise dans notre ancien droit, dont les traditions ont inspiré le législateur du code civil, ainsi que cela résulte des travaux préparatoires et notamment du rapport de Berlier. Que le constructeur ne se plaigne pas! Il ne tenait qu'à lui de forcer son voisin à concourir aux frais de la construction et à fournir la moitié du terrain nécessaire. En procédant seul à la construction, il est censé avoir voulu exonérer le voisin de son obligation.

985. L'art. 663 n'est applicable qu'aux héritages situés dans les *villes* ou *faubourgs* (2). La loi n'ayant pas défini ces expressions, il appartiendrait aux tribunaux, en cas de difficulté sur ce point, de décider si le lieu de la situation de deux héritages est ou non une ville ou un faubourg, et si, par suite, la clôture est ou n'est pas obligatoire pour leurs propriétaires (3).

(1) Cass. belge, 5 nov. 1885, S., 86. 4. 19. — V. dans le même sens Douai, 13 janvier 1851, *Journ. Pal.*, 53. 1. 686. — Paris, 15 juillet 1864, S., 64. 2. 221. — Trib. Seine, 23 juin 1863, S., 64. 2. 221 à la note. — Aubry et Rau, II, § 200, p. 234, texte et note 7; Laurent, VII, n. 503; Toullier, III, n. 198; Pothier, *Soc.*, n. 354. — *Contra* Demolombe, XI, n. 386; Duranton, V, n. 323; Pardessus, I, n. 152. — Trib. Seine, 22 juillet 1863, S., 64. 2. 221 à la note.

(2) La clôture forcée est une obligation réciproque qui suppose les deux fonds compris l'un et l'autre dans l'ensemble de la ville et des faubourgs. — Dijon, 17 déc. 1869, D., 71. 2. 47.

(3) Cass., 11 août 1886, S., 87. 1. 168, D., 87. 1. 36. — Nancy, 12 nov. 1892, S., 93. 2. 119. — Poitiers, 3 avril 1894, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 595. — Trib. Seine, 28 juin

Le juge se décidera d'après l'importance de la population, la nature des constructions et surtout d'après les occupations agricoles, commerciales ou industrielles de la grande majorité des habitants (1).

2° Cas où les différents étages d'une même maison appartiennent à divers propriétaires.

986. La loi autorise la division d'une maison entre divers propriétaires, non seulement par sections verticales (2), mais aussi par sections horizontales. Le rez-de-chaussée d'une même maison peut donc appartenir à l'un, le premier étage à un autre, et ainsi de suite. Ce mode de division offre ceci de particulier, qu'il produit un mélange de propriété exclusive et de copropriété. Il y a en effet des parties du bâtiment qui restent nécessairement indivises entre les divers ayant droit, notamment le sol (3), les gros murs, le toit, les escaliers, tous les ouvrages indispensables à l'existence et à la conser-

1894, D., 94. 2. 328. — Les tribunaux n'ont pas à renvoyer la décision du point litigieux à l'autorité administrative, qui n'est pas intéressée dans la question. — *Sic* Aubry et Rau, II, § 200, p. 232; Demolombe, XI, n. 380; Laurent, VII, n. 497. — L'opinion contraire (Duranton, V, n. 319) paraît aujourd'hui abandonnée. Mais si un acte administratif antérieur avait donné la qualification de ville ou de faubourg à une agglomération, les tribunaux seraient-ils rigoureusement tenus de s'y conformer? On enseigne d'ordinaire l'affirmative : Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.* — La question n'a pas, le plus souvent, grand intérêt pratique ; en fait le juge n'hésitera guère à tenir pour exacte la qualification administrative; pourtant si l'acte émané de l'administration était très ancien et si, depuis, la commune avait perdu beaucoup de son importance, il serait bon de rendre au tribunal toute sa liberté d'appréciation. *Sic* Laurent, VII, n. 497. — En sens inverse, les tribunaux peuvent déclarer applicable l'art. 663 dans une commune à laquelle l'autorité administrative n'a pas donné la qualification de ville. — Trib. civ. Seine, 26 nov. 1895, *Le Droit*, 21 déc. 1895.

(1) L'obligation imposée par l'art. 663 disparaît dans la première zone des servitudes militaires autour des places de guerre; le propriétaire qui obtient du génie l'autorisation d'élever un mur de clôture, ne peut contraindre son voisin à contribuer aux frais de la construction. — Colmar, 26 nov. 1863, S., 64. 2. 64, D., 63. 2. 220. — Poitiers, 3 avril 1894, précité.

(2) Rennes, 3 juin 1893, D., 94. 2. 145.

(3) Cass., 22 août 1860, S., 61. 1. 81, D., 60. 1. 442. — L'arrêt en tire la conséquence au point de vue de l'exercice du droit de préemption sur les terrains bordant la voie publique et délaissés par l'administration municipale. — Si, à l'inverse, la maison était sujette à reculement, l'indemnité serait répartie proportionnellement aux droits de chacun des propriétaires et non attribuée au seul propriétaire du rez-de-chaussée. — Nîmes, 4 fév. 1840, S., 40. 2. 505, D., 40. 2. 139.

vation de l'ensemble du bâtiment. Quelquefois ce sont des enfants qui partagent ainsi entre eux la maison paternelle, pour qu'elle ne passe pas entre les mains d'un étranger par suite d'une licitation. Ou bien c'est un testateur qui lègue les différents étages de sa maison à diverses personnes. La pratique n'offre d'ailleurs, dans la plupart des villes, que très peu d'exemples de cette copropriété bizarre. Il paraît cependant qu'à Rennes et à Grenoble, en Corse aussi, ce mode de division est assez usité.

En supposant une maison ainsi divisée, quels seront les droits et les devoirs respectifs des divers propriétaires ? Si le titre s'explique sur ce point, il fera la loi des parties. A défaut du titre, la loi les règle comme suit dans l'art. 664 (1): « *Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à* » *divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas* » *le mode de réparation et de reconstruction, elles doivent être* » *faites ainsi qu'il suit : — Les gros murs et le toit sont à la* » *charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la* » *valeur de l'étage qui lui appartient. — Le propriétaire de* » *chaque étage fait le plancher sur lequel il marche. — Le* » *propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit;* » *le propriétaire du second étage fait, à partir du premier,* » *l'escalier qui conduit chez lui; et ainsi de suite* ».

Il y a donc des charges communes à tous les copropriétaires, et des charges particulières à chacun d'eux. Aux charges communes qu'indique notre article, il y a lieu d'ajouter notamment les réparations à faire aux puits, aux fosses d'aisance, aqueducs, cours (2), digues et voûtes de soutènement (3),

(1) Quant aux maisons dont la division par étages est antérieure à la promulgation du code, on doit admettre que les copropriétaires ont autrefois entendu se référer aux règles suivies dans les coutumes, lesquelles continueront, par suite, de recevoir aujourd'hui encore leur application.

(2) Toutes ces choses communes appartiennent aussi bien à la théorie générale de la copropriété avec indivision forcée (*supra*, n. 272 s.), qu'à l'hypothèse spéciale de l'art. 663.

(3) Quant aux voûtes des caves qui ne serviraient pas de soutien au bâtiment tout entier, elles sont réparées aux frais du propriétaire du rez de chaussée : c'est « le plancher sur lequel il marche », à moins que par leur construction, elles ne soient distinctes du plancher du rez de chaussée ; dans ce cas, les réparations incomberaient aux propriétaires mêmes des caves. C'est la meilleure conciliation

et généralement à toutes les parties de la maison qui sont affectées à l'usage commun des divers propriétaires. Il faut y comprendre aussi l'impôt foncier ; mais non celui des portes et fenêtres : chaque propriétaire paie pour les ouvertures qui lui sont exclusivement affectées. Seul l'impôt dû pour les portes d'entrée, affectées à l'usage de tous les copropriétaires, serait compris parmi les charges communes,

Les charges communes sont supportées par chaque propriétaire proportionnellement à la valeur de son étage.

Cette valeur s'apprécie, abstraction faite des embellissements et ornements particuliers qu'un propriétaire aurait pu ajouter à son étage (1).

L'art. 664 indique les charges particulières et détermine ceux qui les supportent, en l'absence de toute convention contraire. On a vu, plus haut, dans quelle mesure l'impôt des portes et fenêtres était une charge particulière.

987. Mais, comme l'art. 664 n'a pas pris soin de préciser les droits des divers propriétaires, certaines difficultés ont pu naître du silence de la loi. Une distinction s'impose : s'agit-il d'abord de l'étage, en lui-même, de cette partie de la maison sur laquelle s'exerce un droit exclusif, le propriétaire est libre d'en user comme il lui plaît et d'y pratiquer tous les changements qu'il juge convenables, à la condition de ne porter atteinte ni aux droits exclusifs de propriété et de servitude (2) des autres intéressés, ni à leurs droits de copropriété sur les parties communes ; c'est l'application d'un principe général, mais susceptible de se présenter assez souvent en pratique, à cause de la nature toute spéciale des propriétés respectives (3). S'agit-il, en second lieu, des parties communes de la maison, aucune innovation ne saurait être entreprise, sans l'assenti-

des opinions diverses émises par Demolombe, XI, n. 427 ; Duranton, V, n. 342 ; Pardessus, I, n. 193.

(1) Demolombe, XI, n. 429.

(2) Rennes, 19 mars 1834, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 919.

(3) Cpr. Grenoble, 22 juin 1897, D., 98. 2. 431, 15 juin 1832, S., 33. 2. 208, D., *Rép.*, v° *Servitude*, n. 918, 10 novembre 1862, S., 63. 2. 207.—Riom, 21 mars 1877, S., 78. 2. 100, D., 78. 2. 32 ; cet arrêt interdit au propriétaire de diminuer l'épaisseur de son plancher, de le rendre ainsi plus bruyant au préjudice du propriétaire de l'étage inférieur.

ment des autres copropriétaires ; pourrait-on, cependant, à défaut d'une entente amiable, recourir à une expertise préalable et, après avoir fait constater que l'innovation projetée ne cause aucun dommage à la maison, demander à la justice l'autorisation d'entreprendre les travaux? Cette extension de l'art. 662 paraît, à première vue, assez raisonnable; mais il ne faut pas oublier que les art. 659 à 662, dérogeant au droit commun de la copropriété, ne sauraient recevoir une interprétation extensive; or les parties communes de la maison ne rentrent pas dans les prévisions de ces textes; ce ne sont pas, en effet, des murs *mitoyens,* servant de séparation à deux héritages. Le consentement des copropriétaires est donc requis pour toute innovation, en particulier pour l'exhaussement que voudrait effectuer le propriétaire de la partie supérieure, afin d'ajouter de nouveaux étages à la maison (1), ou pour la transformation du toit en terrasse (2).

988. On se demande aussi s'il est possible d'imposer la reconstruction de la maison. On a le tort, pour résoudre cette difficulté, d'assimiler deux hypothèses distinctes, celle de la destruction fortuite de la maison, en cas d'incendie par exemple, et celle de la ruine imminente du bâtiment, à raison de son état de vétusté et de délabrement. L'art. 664 est tout à fait étranger à la première hypothèse, puisque l'objet même que régit ce texte a disparu (3); mais pourquoi, dans la seconde

(1) V. en ce sens Grenoble, 10 novembre 1862, précité. — Aix, 26 avril 1845, D., 45. 2. 114. — *Contra* Grenoble, 12 août 1828, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude,* n. 920. — Paris, 17 mars 1838, S., 38. 2. 479, D. *Rép.,* v° *Propriété,* n. 385. — Nimes, 4 février 1840, S., 40. 2. 505, D., 40. 2. 139. — Rouen, 22 mai 1840, S., 40. 2. 517, D., 40. 2. 703. — Cpr. aussi Trib. Bergerac, 17 février 1863, D., 63. 3. 43. — La discussion s'est élevée surtout à propos de la construction d'un nouvel étage: plusieurs opinions ont été soutenues; la première accorde le droit sans restriction. (V. Paris, 17 mars 1838, précité. — Nimes, 4 fév. 1840, précité); une autre ne permet l'exhaussement que si l'expertise établit l'absence de tout préjudice pour les autres propriétaires; Aubry et Rau, II, § 221 *ter,* p. 418, texte et note 31. — L'opinion soutenue au texte paraît seule conforme aux principes généraux sur la copropriété; elle s'appuie en outre sur des considérations pratiques développées par Demolombe, XI, n. 437 et dans l'arrêt de Grenoble précité du 10 nov. 1862. — V. dans le même sens Laurent, VII, n. 492.

(2) Cpr. Bordeaux, 17 mars 1868, S., 68. 2. 216.

(3) Si les anciens copropriétaires ne sont pas d'accord pour rebâtir, il n'y a plus qu'à liciter le terrain et les matériaux, pour en partager le prix proportionnellement à leurs droits, c'est-à-dire à la valeur de leurs étages.

hypothèse, ne pourrait-on imposer aux copropriétaires l'obligation de contribuer aux frais de la reconstruction? En vain, cette fois, on prétend qu'il n'y a pas de texte; l'art. 664 parle expressément des « reconstructions » et ces mots peuvent s'appliquer aussi bien à l'ensemble des parties communes qu'à l'une d'elles seulement (1).

§ II. *De la mitoyenneté des clôtures autres que les murs.*

989. Les dispositions du code civil relatives à cette matière ont été profondément modifiées par la loi du 20 août 1881, dont nous avons déjà dit quelques mots (2).

ART. 666. *Toute clôture qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture,* ou s'il y a [*lisez ou qu'il n'y ait*] *titre, prescription ou marque contraire.*

Pour les fossés, il y a marque de non mitoyenneté, lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé.

Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve.

ART. 667. *La clôture mitoyenne doit être entretenue à frais communs; mais le voisin peut se soustraire à cette obligation en renonçant à la mitoyenneté.*

Cette faculté cesse si le fossé sert habituellement à l'écoulement des eaux.

ART. 668. *Le voisin dont l'héritage joint un fossé ou une haie non mitoyens ne peut contraindre le propriétaire de ce fossé ou de cette haie à lui céder la mitoyenneté.*

Le copropriétaire d'une haie mitoyenne peut la détruire jusqu'à la limite de sa propriété, à la charge de construire un mur sur cette limite.

(1) Cpr. Duranton, V, n. 317. — Nîmes, 4 fév. 1840, S., 40. 2. 505, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 920. — *Contra* Aubry et Rau, II, § 221 *ter*, p. 448; Demolombe, XI, n. 440; Laurent, VII, n. 493.

(2) V. *supra*, n. 928.

La même règle est applicable au propriétaire d'un fossé mitoyen qui ne sert qu'à la clôture.

ART. 669. *Tant que dure la mitoyenneté de la haie, les produits en appartiennent aux propriétaires par moitié.*

ART. 670. *Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie. Les arbres plantés sur la ligne séparative de deux héritages sont aussi réputés mitoyens. Lorsqu'ils meurent ou lorsqu'ils sont coupés ou arrachés, ces arbres sont partagés par moitié. Les fruits sont recueillis à frais communs et partagés aussi par moitié, soit qu'ils tombent naturellement, soit que la chute en ait été provoquée, soient qu'ils aient été cueillis.*

Chaque propriétaire a le droit d'exiger que les arbres mitoyens soient arrachés (1).

990. La loi nouvelle est étrangère à la mitoyenneté des murs de clôture, qui continue à être régie par les dispositions des art. 653 et suivants. Cela résulte du titre de la loi nouvelle, du texte des nouveaux articles, et plus encore des explications qui ont été données lors de la confection de la loi à laquelle ils doivent leur rédaction actuelle.

A. *Quelles clôtures sont mitoyennes.*

1° *Présomptions de mitoyenneté.*

991. D'après le nouvel art. 666: « *Toute clôture qui sépare* » *des héritages, est réputée mitoyenne* ». Le code civil ne formulait expressément cette présomption qu'en ce qui concerne

(1) Les anciens articles étaient ainsi conçus :

ART. 666. *Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens s'il n'y a titre ou marque du contraire.*

ART. 667. *Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé.*

ART. 668. *Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve.*

ART. 669. *Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs.*

ART. 670. *Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture, ou s'il n'y a titre ou possession suffisante au contraire.*

ART. 673. *Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne, sont mitoyens comme la haie; et chacun des deux propriétaires a droit de requérir qu'ils soient abattus.*

les murs (art. 653), les fossés (art. 666) et les haies (art. 670). Fallait-il l'étendre aux autres clôtures, telles que haies sèches, palissades, treillages, etc.? Le texte de la loi nouvelle tranche le doute auquel pouvait donner lieu sur ce point le silence du code civil. Rationnellement, il n'y avait aucun motif pour distinguer entre les différentes clôtures; on devait donc leur appliquer à tous la même règle. Et, toutefois, la présomption de mitoyenneté, établie par notre article, n'a plus lieu si *un seul des héritages est en état de clôture*. Le code civil n'établissait cette restriction qu'en ce qui concerne les haies (art. 670). On en avait conclu qu'elle ne devait pas être étendue aux fossés et que par suite le fossé séparant deux héritages était présumé mitoyen, alors même qu'un seul des héritages était en état de clôture (arg. art. 666). Mais il faut convenir qu'il était assez difficile de rendre raison de cette particularité que la loi nouvelle fait disparaître. En effet, quelle que soit la nature de la séparation établie entre deux héritages contigus (mur, fossé, haie...), la présomption de mitoyenneté ne se justifie qu'autant que les deux voisins avaient le même intérêt à l'établissement de cette séparation. Or cette condition se trouve bien remplie lorsque les deux héritages sont clos de toutes parts, ou lorsqu'ils ne le sont ni l'un ni l'autre, mais non lorsqu'un seul est en état de clôture. En pareil cas, le voisin dont l'héritage est clos avait seul intérêt à l'établissement de la clôture; du moins, la clôture n'offrait pas un intérêt égal pour l'autre voisin, dont l'héritage est ouvert sur un ou plusieurs aspects; il n'y avait donc plus lieu de la présumer mitoyenne.

La présomption de mitoyenneté qui nous occupe étant basée sur l'intérêt commun qu'avaient les voisins à établir la clôture qui les sépare, il en résulte qu'on doit, pour décider si la présomption de mitoyenneté est ou non applicable, considérer l'état des héritages à l'époque où la clôture a été établie (1). Ainsi une haie, qui sépare deux héritages aujourd'hui clos l'un et l'autre, ne serait pas présumée mitoyenne, si, à

(1) Ce principe a toujours été consacré par la jurisprudence. — Cass., 12 mars 1872, S., 72. 1. 63, D., 72. 1. 320. — Dijon, 11 mars 1896, D., 97. 2. 111. — Cpr. solution analogue *supra*, n. 940.

l'époque où elle a été plantée, un seul des héritages était en état de clôture.

992. La clôture (haie, fossé, treillage, palissade....) qui n'est pas réputée mitoyenne parce qu'un seul des héritages est en état de clôture, est-elle légalement présumée appartenir pour le tout au propriétaire de l'héritage clos? En d'autres termes, cette circonstance qu'un seul des héritages est clos constitue-t-elle une marque de non mitoyenneté de la clôture qui les sépare? A-t-elle pour résultat de transformer, au profit du propriétaire de l'héritage clos, la présomption de mitoyenneté de la clôture en une présomption de propriété exclusive, qui ne pourrait tomber que devant un titre ou devant la prescription? Nous ne le croyons pas. Une présomption légale de propriété, de même qu'une présomption légale de mitoyenneté, ne peut résulter que d'un texte formel. Or la loi nouvelle ne fournit pas plus ce texte que l'ancienne. Elle dit seulement comme l'ancien art. 670 le disait au sujet des haies, que « Toute clôture qui sépare des » héritages est réputée mitoyenne, *à moins qu'il n'y ait qu'un* » *seul des héritages en état de clôture* » (nouvel art. 666, al. 1), sans ajouter, comme notre législateur le fait régulièrement après avoir établi une marque de non mitoyenneté (art. 654, anciens art. 666 et 667, et nouvel art. 666 al. 3) que la clôture est censée appartenir exclusivement au propriétaire de l'héritage clos de toutes parts. Tout ce qui résulte donc des termes de la loi sainement interprétée, c'est que la circonstance qu'un seul des héritages est clos fait tomber la présomption de mitoyenneté de la clôture qui les sépare, ou, mieux peut-être, empêche cette présomption de prendre naissance, mais sans faire naître au profit du propriétaire de l'héritage clos une présomption légale de propriété exclusive contre laquelle le voisin ne pourrait lutter qu'au moyen d'un titre ou de la prescription. Ainsi jugé par la cour de cassation, sous l'empire du texte ancien, au sujet d'une haie séparant deux héritages dont un seul était clos (1), et la cour suprême ne pourra sans doute que persévérer dans cette jurisprudence,

(1) Cass., 12 mars 1872, précité.

sous l'empire de la loi nouvelle qui a reproduit littéralement sur ce point les termes de l'ancienne (1). A cette autorité vient se joindre celle du rapporteur de la loi nouvelle à la chambre des députés. « Remarquons, dit-il, que l'art. 666, en indiquant » les circonstances dans lesquelles la présomption de mi- » toyenneté disparaît, ne remplace pas cette présomption par » une présomption légale de propriété, sauf ce qui est dit » dans le 3e § relativement au fossé ». On se prévaut, il est vrai, en sens contraire, du rapport de M. Clément au Sénat. Mais il nous paraît difficile de dire au juste ce que le rapporteur du Sénat pensait à ce sujet, car il s'est exprimé en termes assez obscurs. En tout cas, en supposant que ce deuxième document parlementaire contrebalance le premier, ce que nous ne croyons pas, il resterait toujours les principes, et sur ce terrain la solution que nous avons proposée semble d'une solidité inébranlable.

De ce que nous venons de dire, faut-il conclure que le propriétaire de l'héritage clos, qui prétend avoir la propriété exclusive de la clôture séparant son fonds du fonds voisin, ne pourra tirer aucun parti, au point de vue de la preuve de sa prétention, de cette circonstance que son fonds est seul en état de clôture? Ce serait tomber dans un excès opposé. L'état des lieux fournira en pareil cas une présomption simple dont l'appréciation sera laissée au juge du fait (arg. art. 1353), et sur le fondement de laquelle il pourrait parfaitement décider que la propriété exclusive de la clôture appartient au propriétaire de l'héritage clos. Mais le juge ne sera plus lié ici par une présomption légale inflexible qui ne pourrait tomber que devant la prescription ou devant un titre. C'est peut-être bien ce qu'a voulu dire M. Clément dans son rapport au Sénat. Nous voyons se dresser l'objection : les présomptions simples ne sont admissibles comme moyen de preuve que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale ; or la preuve testimoniale n'est pas reçue en matière excédant 150 francs (art. 1341) ; donc dans l'hypothèse dont

(1) V. en ce sens Orléans, 23 fév. 1893, D., 93. 2. 394 ; l'arrêt attribue même la propriété du fossé au propriétaire de l'héritage non clos, en se basant sur ce fait que le rejet des terres avait lieu du côté de ce dernier.

il s'agit, le propriétaire dont l'héritage est clos ne pourra tirer aucun parti de cette circonstance, toutes les fois que l'intérêt engagé sera supérieur à cette somme, ce qui arrivera le plus souvent. Il faut répondre que la règle qui ordonne de dresser acte de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs, et qui a pour sanction le refus de la preuve testimoniale, ne s'applique qu'aux actes juridiques, *negotia juridica,* tels qu'un contrat, un paiement, et non aux simples faits qui par eux-mêmes n'engendrent ni droit, ni obligations ; or tel est le cas d'un propriétaire qui établit une clôture sur son terrain (1).

2° Comment tombe la présomption de mitoyenneté.

993. La présomption de mitoyenneté, établie par l'art. 666, tombe « s'il y a titre, prescription ou marque contraire ».

994. *a.* Elle tombe d'abord devant un titre. En cas de conflit entre la présomption et le titre, c'est ce dernier qui l'emporte (2). Tel serait le cas où étant propriétaire de deux pièces de terre, closes de toutes parts et séparées par une haie, je vous vendrais l'une, mais en me réservant par une clause formelle de l'acte de vente la propriété exclusive de la haie.

Dans l'exemple que nous venons de citer, le titre est commun aux deux voisins, et il est sans difficulté que celui auquel il est opposé ne peut pas en méconnaître l'autorité. En serait-il de même d'un titre étranger au voisin contre lequel on s'en prévaut, c'est-à-dire d'un titre auquel ni lui ni ses auteurs n'ont été parties ou représentés? La cour de cassation a jugé, par un arrêt du 25 janvier 1859, qu'un semblable titre ne doit pas nécessairement être écarté par une fin de non-recevoir péremptoire. Il appartient au juge d'en apprécier la valeur; la loi n'exige nullement que le titre soit commun aux deux voisins (3).

995. *b.* La présomption de mitoyenneté peut tomber en second lieu devant la prescription. Cette disposition signifie

(1) Cette solution est d'ailleurs conforme aux règles générales sur la preuve du droit de propriété. — V. *supra,* n. 241.

(2) Cpr. *supra,* n. 942.

(3) Cpr. *supra,* n. 942; Cass., 25 janv. 1859, D., 59. 1. 85.

que, si l'un des voisins a possédé *à titre de propriétaire exclusif* la clôture qui sépare les deux héritages, pendant le temps requis pour la prescription, son droit de mitoyenneté se sera transformé en un droit de propriété exclusive.

La prescription ne peut résulter que de faits de possession bien caractérisés, présentant les qualités requises par l'art. 2229 C. civ.; la possession, notamment, doit être publique (1); de même, lorsqu'il s'agit d'acquérir la mitoyenneté d'une haie, propriété exclusive du voisin, il faut des faits non équivoques de possession (2).

Le législateur de 1881 a ainsi tranché la controverse qui s'était élevée sous l'empire du code civil sur le sens des mots « s'il y a titre ou possession suffisante au contraire » de l'art. 670. Quelques-uns pensaient que la possession dont le législateur entendait parler, et qui faisait tomber la présomption de mitoyenneté, était la possession *annale*. La plupart des auteurs estimaient au contraire qu'il s'agissait de la possession pendant le temps requis pour la prescription. Ils se fondaient principalement sur ce que la loi mettait la possession sur la même ligne que le titre : n'était-ce pas dire que la possession dont elle entendait parler était une possession équivalente à un titre, c'est-à-dire une possession suffisante pour engendrer la prescription ? C'est cette dernière solution qu'a consacrée législativement notre nouvel article, et il convient d'ajouter que c'est la bonne.

996. *c.* Enfin la présomption de mitoyenneté s'efface devant une marque contraire. Quelles sont les marques de non-mitoyenneté ? Le législateur de 1881, reproduisant à peu près littéralement les dispositions des anciens art. 667 et 668, dit : « *Pour les fossés, il y a marque de non-mitoyenneté,* » *lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté* » *seulement du fossé. Le fossé est censé appartenir exclusive-*» *ment à celui du côté duquel le rejet se trouve* ». Présomption très rationnelle. Quand deux voisins creusent à frais communs un fossé mitoyen sur la ligne séparative de leurs héritages,

(1) Angers, 6 mars 1835, S., 35. 2. 244, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 579. — Caen 5 nov. 1859, S., 60. 2. 204, D., 60. 2. 39.

(2) Cass., 24 janvier 1881, S., 82. 1. 376.

ils rejettent ordinairement la terre des deux côtés. Il n'y a pas de raison en effet pour la rejeter d'un seul côté; car si le rejet de la terre constitue un avantage, il est naturel que chaque voisin en ait sa part, et, s'il constitue une charge, il ne serait pas juste qu'elle fût supportée par un seul. Cette double loi d'équité sera vraisemblablement observée toutes les fois que le fossé sera construit à frais communs, et, par conséquent, si le rejet de la terre n'existe que d'un côté, tout porte à croire que le fossé a été construit par un seul des voisins sur son terrain. Il a rejeté toute la terre de son côté, parce qu'il a voulu garder pour lui seul le profit du rejet, ou parce que le voisin s'est opposé à ce qu'il lui en fît partager la charge. Aussi la loi déclare-t-elle que le fossé construit dans ces conditions est présumé propriété exclusive. Mais cette présomption tomberait devant un titre contraire (1).

Pourrait-elle être écartée par des indices contraires de nature à faire présumer en fait la mitoyenneté? Sur l'influence d'une présomption de fait contre la présomption légale, il suffit de se reporter à ce qui a été dit à propos du mur mitoyen (2).

La marque de non-mitoyenneté s'applique aux fossés qui séparent les bois domaniaux des terrains non boisés appartenant à des particuliers (3), mais non aux fossés séparatifs de bois domaniaux et de bois particuliers (4).

Par ailleurs, pour qu'on puisse tenir compte de la marque de non-mitoyenneté, il importe que l'existence même du fossé ne soit pas contestée (5).

997. Existe-t-il, en ce qui concerne les fossés, d'autres marques de non-mitoyenneté que celle indiquée dans notre texte? Nous ne le croyons pas. En effet une marque de non-mitoyenneté se résout finalement en une présomption de propriété exclusive au profit de l'un des voisins; aussi voyons-

(1) Bordeaux, 13 juillet 1886, S., 88. 1. 159, D., 88. 2. 80.

(2) V. *supra*, n. 947.

(3) Amiens, 28 mai 1870, sous Cass., 18 mars 1872, S., 73. 1. 292, D., 73. 1. 67.

(4) Cass., 12 août 1851, S., 51. 1. 736, D., 51. 1. 242. — V. Jousse, sur l'art. 4, tit. 27 de l'ordonnance de 1669.

(5) Cass., 16 mars 1831, S., 35. 1. 207, D., 31. 1. 445.

nous le législateur, toutes les fois qu'il établit une marque de non-mitoyenneté, indiquer immédiatement quel est celui des deux voisins auquel la chose est censée appartenir exclusivement. Cpr. art. 654 et anciens art. 667 et 668. Or les présomptions légales sont de droit étroit; un texte est nécessaire pour les établir, et elles ne sont pas susceptibles d'être étendues en dehors du cas spécial pour lequel la loi les a édictées. Notre loi n'établit qu'une seule marque de non-mitoyenneté pour les fossés, on ne peut donc en admettre d'autres (1).

998. La jurisprudence décide que le code civil n'a pas abrogé les anciens usages locaux, d'après lesquels le propriétaire qui voulait se clore par un fossé creusé exclusivement sur son fonds, devait laisser entre ce fossé et l'héritage voisin un certain espace (*franc-bord* ou *répare*) pour garantir la propriété contiguë contre l'éboulement des terres (2); elle consacre, en conséquence, la présomption qui, jusqu'à preuve contraire, attribue au propriétaire exclusif d'un fossé la propriété d'un franc-bord ayant, en général, une largeur d'un pied ou de 33 centimètres (3). Si, en effet, l'on creusait le fossé sans laisser le franc-bord indiqué, le voisin serait fondé à se plaindre d'un trouble et à introduire au possessoire une action destinée à faire combler le fossé et à le faire reculer à la distance voulue (4). Le voisin pourrait usucaper à son profit la propriété du franc-bord, s'il avait, pendant le temps requis, accompli des actes bien caractérisés de possession (5). Dans le cas où les usages locaux ne seraient pas favorables aux solutions indiquées, le voisin ne serait en droit de se plaindre que si, en fait, le fossé provoquait des éboulements et des dégradations nuisibles à sa propriété (6). La plupart

(1) Grenoble, 13 fév. 1891, D., 93. 2. 90.

(2) Cass., 11 avril 1848, S., 48. 1. 395, D., 48. 1. 81; 3 juill. 1849, S., 49. 1. 624, D., 49. 1. 316. — Bordeaux, 16 juill. 1879, S., 79. 2. 329, D., 81. 2. 72.

(3) Cass., 11 avril 1848, 3 juill. 1849, précités. — Caen, 14 juill. 1825, S. chr., D. *Rép.*, v° *Prescription civile*, n. 256. — Lyon, 22 juillet 1836, S., 36. 2. 387, D., 37. 2. 29.

(4) Cass., 11 avril 1848, 3 juill. 1849, précités.

(5) Caen, 14 juill. 1825, précité; 5 nov. 1859, S., 60. 2. 204, D., 60. 2. 39.

(6) Cass., 22 fév. 1827, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 596; 3 janv. 1854, S., 54. 1. 119, D., 54. 1. 161.

des auteurs critiquent avec raison la formule de la jurisprudence ; les anciens usages relatifs aux fossés doivent être considérés comme abolis, le code civil ne les ayant pas maintenus expressément ; donc, en principe, un propriétaire est libre de creuser un fossé à la limite extrême de son héritage, à moins qu'il n'en résulte quelque inconvénient pour le voisin, autorisé alors à faire reculer le fossé jusqu'à une distance convenable, arbitrée par les tribunaux sur la base des anciens usages, s'ils jugent cette solution la meilleure ; par ailleurs, les mêmes usages peuvent fournir une présomption de fait, analogue à celle tirée de l'état des lieux, des indications du cadastre, permettant, si une présomption plus forte ne la renverse, d'attribuer la propriété du franc-bord au propriétaire du fossé (1).

999. Faut-il faire l'application du principe ci-dessus aux autres clôtures, telles que palissades, treillages...: ce qui conduirait à dire qu'il n'existe pas, en ce qui concerne ces diverses clôtures, de marque de non mitoyenneté, la loi n'en indiquant aucune? La négative paraît bien résulter des explications qui ont été données lors de la confection de la loi. Le rapporteur de la loi à la Chambre des députés a cité, en l'approuvant, un passage de l'exposé des motifs où il est dit : « Il peut y avoir des marques de non-mitoyenneté pour les palissades, les treillages, les haies sèches, et même pour les haies vives, tout aussi bien que pour les murs et les fossés. Si, de deux héritages contigus, l'un est clos par une haie sèche, l'autre par une haie vive, et qu'une haie vive sépare les deux propriétés, il est évident que la haie vive devra être considérée comme appartenant à la propriété close à tout autre aspect par de pareilles haies vives, plutôt qu'à la propriété entourée de trois côtés par des haies sèches. L'essence

(1) V. en ce sens Aubry et Rau, II, § 198, p. 220 texte et notes 5 et 6 ; Demante, II, n. 525 ; Duranton, V, n. 364 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 301 ; Daviel, *Des cours d'eau*, II, n. 859. — Cependant Demolombe, XI, n. 464, Pardessus, I, n. 186, soutiennent l'application obligatoire des anciens usages locaux. — D'après Aubry et Rau, les arrêts de cassation cités *supra*, de 1848 et de 1849 seraient conformes à la doctrine qu'il soutient lui-même. — Leur formule est cependant différente.

des arbustes qui forment la haie, leur âge, bien d'autres signes de similitude ou de différence, pourront compléter cette présomption, ou, suivant le cas, fournir d'autres raisons de décider. Pour les haies sèches, pour les palissades, la place des poteaux de soutènement, que le propriétaire plante toujours de son côté, la direction des attaches en osier ou en fils de fer, qui sont toujours tordues à l'intérieur de la propriété close, bien d'autres signes encore peuvent avoir une signification très certaine ». D'un autre côté, M. Clément dit dans son rapport au Sénat : « Il peut y avoir aussi, pour les haies et pour les autres clôtures, des signes matériels qui révèlent d'une manière certaine le droit exclusif de l'un des voisins. Les circonstances qui peuvent renfermer ce témoignage sont trop nombreuses et trop diverses pour être énumérées et précisées... Il faut que le juge puisse les interroger, et, s'il les trouve suffisantes pour déterminer sa conviction, s'il y voit la marque certaine du droit exclusif de l'un des voisins, il lui attribuera la clôture en totalité ». Il semble bien résulter de là que le législateur a reculé devant l'énumération des marques de non-mitoyenneté, pour les clôtures autres que les murs et les fossés, et qu'il s'en est rapporté complètement sur ce point à la prudence du juge.

Le texte même de la loi confirme l'induction que fournissent les travaux préparatoires. En effet, le nouvel art. 666 dit : « Toute clôture qui sépare des héritages est réputée mitoyenne » s'il n'y a marque du contraire. *Pour les fossés* il y a mar- » que de non-mitoyenneté ». De là il semble bien résulter que le législateur admet qu'il peut y avoir des marques de non-mitoyenneté pour toutes les clôtures, mais qu'il a reculé devant leur énumération pour les clôtures autres que les fossés (et les murs, art. 654), et qu'il s'est déchargé de ce soin sur le juge, auquel il laisse à cet égard une entière latitude d'appréciation. En d'autres termes, en ce qui concerne les clôtures, autres que les fossés et les murs, séparant deux héritages qui sont clos tous les deux ou ne le sont ni l'un ni l'autre, le législateur établit une présomption de mitoyenneté, susceptible de tomber devant une marque quelconque de non-mitoyenneté dont il laisse l'appréciation au juge. Cette

règle avait été consacrée par la jurisprudence avant la promulgation de la loi nouvelle (1).

1000. En résumé, pour résoudre la question de mitoyenneté ou de non-mitoyenneté de la clôture (autre qu'un mur) qui sépare deux héritages, il faut établir la distinction suivante :

a. — Les deux héritages sont complètement clos tous les deux ou ne le sont ni l'un ni l'autre. La clôture est présumée mitoyenne. Cette présomption ne peut tomber que devant un titre, devant la prescription ou devant une marque de non-mitoyenneté. Pour les fossés il n'y a qu'une marque légale de non mitoyenneté, le rejet de la terre d'un seul côté du fossé. Le fossé est présumé appartenir à celui du côté duquel le rejet se trouve. En ce qui concerne les autres clôtures, la loi laisse au juge un pouvoir discrétionnaire pour l'appréciation des marques de non-mitoyenneté.

b. — Des deux héritages séparés par la clôture, un seul est clos de toutes parts. La clôture n'est pas présumée mitoyenne ; mais elle n'est pas non plus présumée non mitoyenne, c'est-à-dire réputée appartenir exclusivement au propriétaire de l'héritage clos. En un mot, il n'y a plus ici aucune présomption légale, obligatoire pour le juge, soit de mitoyenneté, soit de non-mitoyenneté. Le juge résoudra la question de propriété de la clôture d'après les règles du droit commun, qui autorise ici l'usage de la preuve testimoniale et des présomptions simples. Une des plus puissantes sera précisément celle résultant de l'état des héritages, dont l'un est clos de toutes parts, tandis que l'autre ne l'est pas ; mais elle ne s'impose pas au juge et l'induction qu'elle fait naître en faveur du propriétaire de l'héritage clos peut être combattue soit par la preuve testimoniale, soit par d'autres présomptions de fait.

1001. La question de mitoyenneté ne peut s'élever qu'en ce qui concerne les clôtures qui séparent deux héritages (art. 666), c'est-à-dire les clôtures établies sur la ligne séparative des deux fonds. Si donc un propriétaire établit sur son

(1) Cass., 15 juill. 1875, S., 75. 1. 419.

terrain une clôture située en deça de la limite de son héritage, la clôture lui appartient en totalité. Ainsi j'ai un fonds contigu au vôtre ; la ligne séparative de nos deux héritages est déterminée par des bornes ; je plante une haie sur mon fonds à 50 centimètres de la ligne séparative, ou je construis un fossé à 33 centimètres de cette même ligne. Nul doute que la propriété du fossé ou de la haie ne m'appartienne exclusivement. Il y a là un moyen fort simple pour les propriétaires de s'assurer la propriété exclusive d'une clôture.

B. *Conséquences de la mitoyenneté.*

1002. Le nouvel art. 667, généralisant pour toutes les clôtures les dispositions des art. 655 et 656, relatives aux murs mitoyens, dispose que : « *La clôture mitoyenne doit être entre-* » *tenue à frais communs; mais le voisin peut se soustraire à* » *cette obligation en renonçant à la mitoyenneté* » (1). Sur ce dernier point, quelques difficultés s'étaient élevées sous l'empire du code civil, pour les clôtures autres que les murs. La loi nouvelle consacre la solution qui était généralement admise, et qui n'est qu'une déduction de ce principe : que celui qui est tenu *propter rem* peut se décharger de son obligation par l'abandon de son droit sur la chose à l'occasion de laquelle il est tenu, à moins que les dégradations ne lui soient imputables (2). L'article ajoute : « *Cette faculté cesse,* » *si le fossé sert habituellement à l'écoulement des eaux* ». Permettre à l'un des voisins d'abandonner la mitoyenneté dans ce cas, c'eût été l'autoriser à en conserver les avantages sans en supporter les charges. Cette disposition peut donc être considérée comme le pendant de celle contenue dans l'art. 656 *in fine*.

L'exception signalée suppose que le fossé a comme destination principale de servir à l'écoulement des eaux ; il ne suffirait pas que l'eau y séjournât ou y coulât d'une façon acci-

(1) Il va sans dire que, d'après les principes généraux du droit, le copropriétaire d'une clôture mitoyenne doit supporter tous les frais des réparations rendues nécessaires par son fait.

(2) V. *supra*, n. 977 et 978.

dentelle (1). Du reste le § 2 de notre article, qui doit recevoir une interprétation restrictive, ne saurait être étendu à d'autres hypothèses, par exemple, au cas où le fossé servirait à borner les deux fonds; en effet, celui qui aurait fait l'abandon de la mitoyenneté resterait soumis à l'obligation d'un bornage ultérieur (2).

L'art. 667, en permettant la faculté d'abandon, semble bien assimiler les autres clôtures au mur mitoyen, en ce qui concerne l'indivision forcée. Par suite aucun des copropriétaires ne pourrait exiger le comblement du fossé, la suppression de la haie, le partage du terrain qu'occupe la clôture. Puisque l'art. 656 entraîne sans discussion l'indivision forcée du mur mitoyen, la même conséquence doit résulter de la disposition analogue formulée par la loi de 1881 dans l'art. 667; au surplus, on peut affirmer que l'indivision forcée est de l'essence même de la mitoyenneté, c'est un des traits qui la distinguent de la copropriété ordinaire; enfin, ainsi qu'on le dira plus bas, les art. 668 et 670 fournissent des arguments en faveur de la solution indiquée (3).

1003. Les motifs qui ont porté le législateur à autoriser une sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée, en permettant au propriétaire joignant un mur d'exiger que la mitoyenneté lui en soit cédée (art. 661), ne se rencontrant plus, ou tout au moins ne se rencontrant qu'en partie, quand il s'agit d'une clôture autre qu'un mur, il était tout simple que le législateur n'étendît pas à ce cas la faculté d'exiger la cession de la mitoyenneté. Mais on ne voit pas trop quelle utilité il y avait à le dire, ainsi que le fait pourtant le nouvel art. 668 al. 1er; car il va de soi qu'une faculté aussi exorbitante ne peut résulter que d'un texte formel, et n'est pas susceptible d'être admise par interprétation extensive d'une disposition législative écrite en vue d'une autre hypothèse.

(1) V. en ce sens le rapport de M. Clément au Sénat, *Lois annotées*, année 1892, p. 276, note 1.

(2) Laurent, VII, n. 575. — *Contra* Demolombe, XI, n. 461.

(3) V. *infra*, n. 1004 et 1006 *in fine*. — V. dans le sens de l'opinion indiquée Aubry et Rau, II, § 222, p. 436 et 437; Demolombe, XI, n. 463 et 477; Demante, II, n. 523 *bis*; Pardessus, n. 185 et n. 187. — Angers, 15 juin 1836, S., 36. 2. 386. — *Contra* Laurent, VII, n. 586; Duranton, V, n. 361.

Par suite il est sans difficulté que la cession forcée de la mitoyenneté est inapplicable non seulement à la haie et au fossé mais aussi aux autres clôtures non visées par l'art. 668.

1004. On ne peut pas adresser le même reproche d'inutilité aux alinéas 2 et 3 de l'art. 668 ainsi conçus : « *Le copro-* » *priétaire d'une haie mitoyenne peut la détruire jusqu'à la* » *limite de sa propriété, à la charge de construire un mur* » *sur cette limite. — La même règle est applicable au copro-* » *priétaire d'un fossé mitoyen qui ne sert qu'à la clôture* ». C'est une innovation : sous l'empire du code civil, l'un des copropriétaires de la haie ou du fossé mitoyens n'aurait peut-être pas eu un pareil droit. Cependant des arrêts (1) avaient sanctionné cette faculté, à la condition qu'il ne résultât de son exercice aucun préjudice pour le voisin. Cette restriction a toujours sa valeur, mais l'obligation de construire un mur, imposée par notre article, fait disparaître le plus souvent l'existence même du préjudice.

On a dit, pour justifier le nouveau texte, que le voisin ne peut pas se plaindre du changement accompli par l'autre, puisque la haie ou le fossé sera remplacé par un mur qui formera une meilleure clôture et qui, occupant moins d'espace que le fossé ou la haie, permettra de rendre à la culture un terrain qui s'y trouvait auparavant soustrait. Cette raison n'existant pas lorsque le fossé présente une utilité autre que celle de la clôture, par exemple lorsqu'il sert à l'écoulement des eaux, on s'explique tout naturellement l'exception que notre article établit pour ce cas.

L'art. 668 fournit un argument *a contrario* en faveur de l'indivision forçée des clôtures mitoyennes. Ce texte, en effet, précise d'une façon limitative les conditions auxquelles on peut porter atteinte à la mitoyenneté.

1005. Aux termes du nouvel art. 669 : « *Tant que dure la* » *mitoyenneté de la haie, les produits en appartiennent aux* » *propriétaires par moitié* » (2). Encore un texte inutile. L'observation en a été faite au Sénat lors de la discussion de la

(1) Cass., 22 avril 1829, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 616.

(2) Il en est ainsi de tous les produits, sans exception, par exemple des poissons qui pourraient vivre dans le fossé.

loi. L'article a été maintenu sur cette réponse du rapporteur qu'il fallait bien avoir quelque chose à mettre sous le numéro 669, pour échapper à l'alternative de changer le numérotage des articles du code civil ou de laisser un numéro en blanc!

1006. Le nouvel art. 670 reproduit l'ancien art. 673 en le complétant. Il décide d'abord que : « *Les arbres qui se trou-* » *vent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie* ». Il en serait ainsi alors même que les arbres se trouveraient plus rapprochés de l'un des voisins que de l'autre, ou même tout entiers de son côté. C'est une conséquence du principe que la chose mitoyenne est indivise entre les deux voisins : chacun a un droit égal sur chacune de ses parties, donc sur les arbres qui sont compris dans la haie.

L'article ajoute : « *Les arbres plantés sur la ligne sépara-* » *tive de deux héritages sont aussi réputés mitoyens* ». Ce texte tranche une controverse qui s'était élevée sous l'empire du code civil. Beaucoup pensaient que chaque voisin était propriétaire des arbres proportionnellement à la partie du tronc qui se trouvait de son côté.

Le principe de la mitoyenneté des arbres étant proclamé, il s'ensuivait nécessairement que les fruits de ces arbres devaient être partagés par portions égales entre les deux voisins, et aussi les arbres eux-mêmes, une fois abattus ou arrachés. Notre nouveau législateur a cru utile de formuler ces déductions que le législateur du code civil s'était borné avec raison à sous-entendre. Au sujet des fruits, il entre dans certains détails dont l'utilité peut aussi paraître contestable, quand il dit : « *Les fruits sont recueillis à frais com-* » *muns et partagés par moitié, soit qu'ils tombent naturelle-* » *ment, soit que la chute en ait été provoquée, soit qu'ils aient* » *été cueillis* ».

Notre article dit, en terminant, que chaque propriétaire a le droit d'exiger que les arbres mitoyens soient *arrachés*. Si les arbres servaient de bornes, l'un des voisins ne pourrait en exiger l'enlèvement qu'après avoir consenti à l'établissement de bornes nouvelles (1). L'ancien art. 673 disait *abattus*. Le

(1) Laurent, II, n. 584.

mot *arraché* est plus radical; en effet l'arbre arraché, à la différence de l'arbre abattu, ne pourra pas revivre par ses rejets. Nous avons ici une exception, facile à justifier d'ailleurs, au principe que l'un des copropriétaires de la chose mitoyenne n'en peut pas demander le partage, exception qui n'aurait pas pu être admise en l'absence d'un texte. Cette disposition prouve bien qu'en principe l'un des copropriétaires ne peut pas demander le partage de la chose mitoyenne.

SECTION II

DE LA DISTANCE A OBSERVER POUR LES PLANTATIONS

1007. Nous avons déjà dit (1) que les art. 671 et 672 du code civil, qui réglementaient cette matière, avaient été, eux aussi, modifiés profondément par la loi du 20 août 1881.

ART. 671 : *Il n'est permis d'avoir des arbres, arbrisseaux et arbustes près de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par des usages constants et reconnus, et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les plantations dont la hauteur dépasse deux mètres, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres plantations.*

Les arbres, arbustes et arbrisseaux de toute espèce peuvent être plantés en espaliers de chaque côté du mur séparatif, sans que l'on soit tenu d'observer aucune distance, mais ils ne pourront dépasser la crête du mur.

Si le mur n'est pas mitoyen, le propriétaire seul a le droit d'y appuyer des espaliers.

ART. 672. *Le voisin peut exiger que les arbres, arbrisseaux et arbustes, plantés à une distance moindre que la distance légale, soient arrachés ou réduits à la hauteur déterminée dans l'article précédent, à moins qu'il n'y ait titre, destination du père de famille ou prescription trentenaire.*

Si les arbres meurent, ou s'ils sont coupés ou arrachés, le

(1) V. *supra*, n. 928.

voisin ne peut les remplacer qu'en observant les distances légales.

ART. 673. *Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin peut contraindre celui-ci à les couper. Les fruits tombés naturellement de ces branches lui appartiennent.*

Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a le droit de les couper lui-même.

Le droit de couper les racines ou de faire couper les branches est imprescriptible (1).

A. *Détermination des distances.*

1008. Un propriétaire peut élever une construction à l'extrême limite de son héritage, mais il ne peut planter d'arbres ou d'arbustes qu'à une certaine distance de cette limite. C'est une restriction au droit absolu de disposition qui appartient au propriétaire. Elle était commandée par la nature même des choses. Un arbre planté trop près du fonds voisin aurait pu nuire à ce fonds par ses branches et surtout par ses racines. Sans doute un propriétaire est seigneur et maître sur son fonds; mais il doit respecter le droit d'autrui; or une plantation trop rapprochée conduit nécessairement, sinon dans le présent, du moins dans l'avenir, à un empiétement sur le voisin. La loi devait prévenir cet empiétement. De là les dispositions de nos articles, qui déterminent la distance à observer pour les plantations.

(1) Les anciens articles étaient ainsi conçus :

ART. 671. *Il n'est permis de planter des arbres de haute tige qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par les usages constants et reconnus; et à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les arbres à haute tige, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres arbres et haies vives.*

ART. 672. *Le voisin peut exiger que les arbres et haies plantés à une moindre distance soient arrachés. — Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin, peut contraindre celui-ci à couper ces branches. — Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a le droit de les couper lui-même.*

ART. 673. *Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie, et chacun des deux propriétaires a droit de requérir qu'ils soient abattus.*

A défaut de règlements et usages, le code civil fixait cette distance à deux mètres pour les arbres de haute tige et à cinquante centimètres pour les arbres de basse tige et les haies vives (ancien art. 671).

Le législateur de 1804 n'ayant pas formulé de *criterium* permettant de distinguer les arbres de haute tige des arbres de basse tige, il appartenait naturellement au juge de décider, dans chaque espèce qui lui était soumise, si les arbres litigieux étaient ou non de haute tige (1). Mais quelles règles devait-il suivre pour cette détermination ? Sur cette difficile question, un conflit grave s'était élevé entre la cour de cassation et les juridictions soumises à sa censure. Ces dernières la résolvaient généralement en tenant compte de l'aménagement de l'arbre et non de son essence : de telle sorte que le même arbre était considéré comme étant de haute tige, ou de basse tige, suivant le développement qu'on lui permettait de prendre. D'après cette jurisprudence, un frêne croissant en plein vent était un arbre de haute tige, et ne pouvait être planté qu'à deux mètres de l'héritage voisin; tandis qu'une haie plantée de frênes que l'on recépait périodiquement de manière à ne pas leur permettre de dépasser une certaine hauteur, trois mètres par exemple, était considérée comme composée d'arbres de basse tige et pouvait être plantée à 50 centimètres de l'héritage voisin. La cour de cassation estimait au contraire que la question de savoir si un arbre est de haute ou de basse tige devait être résolue en tenant compte uniquement de l'essence de l'arbre, quel que fût d'ailleurs son aménagement. Sa jurisprudence était constante sur ce point (2).

La cour suprême allait plus loin. Argumentant judaïquement des termes de l'art. 671, elle décidait que les usages locaux avaient bien force de loi en tant qu'ils autorisaient la plantation à une distance moindre que la distance légale, mais non en tant qu'ils assimilaient les arbres de haute tige à des arbres de basse tige lorsqu'ils étaient aménagés d'une cer-

(1) La loi romaine (l. 13, Dig., *Finium regundorum*) et nos anciennes coutumes contenaient des dispositions analogues.

(2) V. notamment Cass., 25 mai 1853, S., 53. 1. 714, D., 53. 1. 200; 12 février 1861, S., 61. 1. 327, D., 61. 1. 120.

taine façon. Ainsi, en face d'attestations en règle, constatant de la manière la plus positive que les usages locaux assimilaient les frênes à des arbres de basse essence, quand ils étaient périodiquement recépés à une certaine hauteur, et en autorisaient par suite la plantation à une distance moindre de deux mètres, la cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas à tenir compte de ces usages. Cette jurisprudence était fatale pour certains pays de pâturages, dans lesquels il est d'usage de planter des haies formées d'arbres de haute tige, qui offrent le double avantage d'opposer aux bestiaux un obstacle infranchissable et de fournir aux habitants un bois précieux pour leur chauffage. Aussi notre législateur n'a-t-il pas voulu la consacrer. Il a préféré sanctionner la jurisprudence contraire, celle que M. Raoul Duval a appelée la jurisprudence des juges de paix. En supposant que cette dernière ne fût pas la plus conforme au texte de la loi, elle était certainement la plus en harmonie avec les besoins de la pratique.

D'après le nouvel art. 671, il n'y a jamais lieu de considérer l'essence de l'arbre pour résoudre la question de savoir à quelle distance il doit être planté, mais uniquement son aménagement. Un arbre d'une essence quelconque peut être planté à une distance de cinquante centimètres de l'héritage voisin, à la condition d'être maintenu à une hauteur ne dépassant pas deux mètres. Si le propriétaire entend lui laisser prendre un plus grand développement en hauteur, il faut qu'il le plante à une distance d'au moins deux mètres (1).

1009. Telle est la disposition capitale de la loi nouvelle relativement aux plantations. En supposant que l'art. 671 du code civil dût recevoir l'interprétation que lui donnait la cour

(1) D'après le projet du gouvernement, la distance à observer était de 30 centimètres pour les arbres ne dépassant pas 2 mètres de hauteur, de 50 centimètres pour ceux ne dépassant pas 4 mètres, de 2 mètres pour les autres. Le projet proposé par la commission fixait la distance *minima* à observer pour les plantations à 50 centimètres, et la hauteur *maxima* des arbres plantés à cette distance à 4 mètres. Cette hauteur a été réduite à 2 mètres, sur un amendement proposé par M. Labiche et accepté par la commission. C'est à ce même amendement qu'on doit la disposition relative aux règlements actuellement existants et aux usages locaux, qui ne figurait ni dans le projet du gouvernement ni dans celui de la commission.

de cassation, il est certain que cette loi réalise une importante amélioration. D'abord elle supprime l'arbitraire, que la distinction des arbres de haute tige et de basse tige engendrait nécessairement dans les décisions du juge. D'un autre côté, le système de la loi nouvelle ne se justifie pas moins bien au point de vue rationnel qu'au point de vue de l'application pratique. Ce dont il y a lieu de se préoccuper, bien évidemment, c'est du dommage que les plantations faites par l'un des voisins peuvent causer à l'autre par leurs branches et par leurs racines. Or, tout le monde sait aujourd'hui ce que les rédacteurs du code ignoraient peut-être, c'est qu'un arbre se développe à peu près également par les branches et par les racines, de sorte qu'en limitant son domaine aérien, on limite dans la même proportion son domaine souterrain. C'est donc de la hauteur de l'arbre qu'il faut se préoccuper et non de son essence.

Par arrêt en date du 16 décembre 1881 (1), la cour de cassation a jugé que « les articles 671 et 672 ne s'appliquent, d'après le texte comme d'après l'esprit de la loi, qu'aux arbres plantés sur la limite de deux héritages privés et non aux arbres plantés sur des propriétés privées bordées par une rue ou une place publique ».

1010. Les autres dispositions de la loi nouvelle reproduisent en les complétant les anciens art. 671 et 672.

Ainsi le nouvel art. 671 maintient la disposition de l'ancien, relative aux règlements et usages : « *Il n'est permis d'avoir » des arbres, arbrisseaux et arbustes près de la propriété voi- » sine qu'à la distance prescrite par les règlements particu- » liers actuellement existants ou par des usages constants et » reconnus, et, à défaut.....* » (2).

Les mots « règlements particuliers actuellement existants » désignaient dans l'ancien art. 671 les règlements existants à l'époque où ce texte a été décrété. Le législateur de 1804 voulait bien maintenir les règlements actuellement en vigueur, mais il ne voulait pas autoriser la création de nouveaux règle-

(1) Cass., 16 décembre 1881, S., 84. 1. 94, D., 82. 1. 185.
(2) Cpr. Cass., 1er juill. 1886, S., 89. 1. 450, D., 87. 1. 217.

ments, parce qu'il aurait ainsi compromis sur un point particulier le succès de l'œuvre d'unification législative qu'il avait entreprise. Ce sont ces mêmes règlements que le législateur de 1881 entend désigner dans le nouvel art. 671.

Le législateur de 1881 ayant maintenu l'application des règlements anciens et des usages locaux, il sera encore nécessaire parfois d'établir une distinction entre les arbres de haute et de basse tige, si les règlements en usage sont basés eux-mêmes sur cette différence; il appartiendra donc aux tribunaux, comme avant la loi nouvelle, d'apprécier quels arbres sont à haute ou à basse tige (1); mais il semble que la cour de cassation devra modifier sa jurisprudence à cet égard, et se décider d'après l'aménagement des arbres plutôt que d'après leur essence, conformément à l'esprit de la loi nouvelle (2).

L'observation des règlements s'impose sans distinguer si les distances fixées sont supérieures ou inférieures à celles de la loi; mais que décider dans le cas où l'usage n'aurait, pour certains arbres, imparti aucune distance et permettrait de planter à la limite extrême de l'héritage? Les auteurs les plus autorisés considéraient cet usage comme dénué de toute valeur et prescrivaient l'observation des distances légales, le code exigeant impérieusement une distance, si minime qu'elle fût (3). La controverse subsiste encore avec le texte nouveau; mais la solution généralement admise, inexacte suivant nous, ne repose que sur une interprétation judaïque du texte; d'après le code, on doit, en ce qui concerne les distances à observer, s'en référer aux usages et n'est-ce pas un usage relatif à ce sujet que celui qui permet d'avoir les arbres à la limite de l'héritage? Quelle différence sérieuse y a-t-il entre un usage fixant une distance de deux centimètres à celui qui n'en

(1) Cpr. Cass., 12 avril 1880, S., 80. 1. 273.

(2) La cour de cassation, en effet, dans sa jurisprudence antérieure, croyait suivre l'intention du législateur en cherchant à protéger le propriétaire voisin aussi bien contre l'envahissement des racines que contre les inconvénients résultant du développement du tronc et des branches. Or il est certain désormais que, d'après le législateur, la protection due au voisin varie d'après la hauteur même de l'arbre. — Cpr. 27 déc. 1897, D., 98. 1. 171.

(3) Aubry et Rau, II, § 197, p. 214, texte et note 11; Demolombe, IX, n. 493; Laurent, VIII, n. 4. — V. aussi Caen, 17 fév 1859, S., 59. 2. 587.

impose aucune (1)? Cette interprétation conduit du reste à un résultat pratique désirable; ainsi, dans les villes, où le terrain est rare, on pourra plus facilement avoir des arbres, si utiles pour l'hygiène des agglomérations, en les plantant sur les bords extrêmes de l'héritage, près du mur de clôture; en fait un semblable usage n'existe guère que dans les villes, c'est-à-dire dans les lieux où il a des avantages incontestables, sans offrir d'inconvénients appréciables, si bien que l'opinion adverse est contrainte d'admettre pour les villes une restriction qu'elle ne saurait guère justifier (2).

L'usage ne s'impose que s'il est constant et reconnu; il ne suffit pas de simples pratiques plus ou moins tolérées (3); pour en établir l'existence on peut, à défaut de règlements écrits ou d'attestations émanées d'anciens auteurs, recourir à la notoriété publique, à la preuve testimoniale (4) ou à l'inspection des lieux (5); c'est une question de fait soumise aux juges du fond, sans que leur décision à cet égard donne ouverture à cassation (6); l'usage ne pourrait être précisé ni établi pour la première fois devant la cour suprême (7).

1011. Par la substitution des mots : « Il n'est permis d'*avoir* des arbres... » aux mots : « Il n'est permis de *planter*

(1) Au surplus, le § 2 de l'art. 671 nouveau fournit un argument en notre faveur; la loi elle-même admet expressément la possibilité d'exceptions à la règle qui exige une distance entre la plante et l'héritage voisin; elle a confirmé sur ce point la jurisprudence antérieure. — V. Bordeaux, 13 mars 1860, S., 60. 2. 479, D., 61. 5. 448.

(2) V. dans le sens de l'opinion soutenue au texte Cass., 10 juil. 1872, S., 72. 1. 392, D., 72. 1. 257. — Rouen, 11 mars 1869, sous Cass., 10 juil. 1872, précité. — Paris, 27 août 1856, S., 58. 2. 637, D., 61. 5. 449. — Bordeaux, 13 mars 1860, précité; Garnier, *Act. possessoires*, p. 227; Serrigny, *Rev. crit.*, 1859, XV, p. 1.

(3) Cass., 13 fév. 1861, S., 61. 1. 327, D., 61. 1. 120.

(4) Bourges, 16 nov. 1830, S., 31. 2. 152, D., 32. 2. 11. — Poitiers, 7 janv. 1834, S., 34. 2. 165, D., 34. 1. 134. — Toulouse, 6 janv. 1842, *Journ. Palais*, 44. 2. 411. — Du reste un ancien usage aurait pu être modifié par un usage nouveau; depuis 1804 les anciens usages tendent à disparaître devant les règles écrites dans le code.

(5) Bourges, 16 nov. 1830 et Poitiers, 7 janv. 1834, précités. — Demolombe, XI, n. 491. — Il est évident qu'aucun usage contraire au code ne peut exister à l'égard de plantes d'introduction récente, comme les vignes américaines greffées; on doit donc observer, en pareil cas, les distances légales. Trib. Dijon, 29 nov. 1893, D., 94. 2. 285.

(6) Cass., 24 juill. 1860, S., 60. 1. 897, D., 60. 1. 320.

(7) Cass., 24 mai 1864, S., 64. 1. 411, D., 64. 1. 229.

des arbres », notre nouveau législateur a tranché le doute, bien léger, il est vrai, que l'ancien texte avait fait naître sur le point de savoir si les arbres venus naturellement étaient soumis à la distance légale comme ceux plantés par l'homme. L'affirmative qui était généralement admise par les auteurs, est aujourd'hui législativement consacrée.

La règle sur les distances légales doit, sauf usage contraire, être suivie quels que soient la nature des propriétés et leur mode de culture ; elle s'applique aux héritages urbains comme aux héritages ruraux (1), aux terrains qui sont clos de murs comme à ceux qui ne le sont pas, aux terres cultivées ou non ; elle s'étend aux bois de l'Etat, à ceux des particuliers, aussi bien qu'aux propriétés soumises à d'autres cultures (2), alors même que les arbres plantés à une moindre distance ne causeraient aucun dommage au fonds voisin (3).

Sous l'empire de la loi nouvelle, comme sous celui de l'ancienne, la distance légale doit être calculée depuis le centre de l'arbre jusqu'à la ligne séparative des deux propriétés, afin que cette distance soit invariable, ce qui n'aurait pas lieu, à cause du développement de l'arbre, si on la mesurait à partir de l'écorce extérieure (4).

Si les propriétés sont séparées par une clôture mitoyenne, la ligne séparative est censée être au milieu de l'espace occupé par la clôture.

Lorsque les deux propriétés ne sont pas contiguës, mais seulement voisines et qu'un chemin public ou une rivière les

(1) Nimes, 14 juin 1833, S., 33. 2. 481, D., 34. 2. 7.

(2) Cass., 13 mars 1850, S., 50. 1. 385, D., 50. 1. 89; 28 nov. 1853, S., 54. 1. 37, D., 54. 1. 233; 24 juillet 1860, S., 60. 1. 897, D., 60. 1. 320; il en est ainsi alors même que les propriétés contiguës seraient toutes les deux boisées. — Aubry et Rau, II, § 197, p. 213; Laurent, VIII, n. 5. — Dans cette hypothèse spéciale, certains auteurs (Demolombe, XI, n. 489; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 306) écartent l'application de l'art. 671 en se fondant sur l'intérêt réciproque des propriétaires voisins ; certes, cet intérêt les amènera le plus souvent soit à s'accorder réciproquement par titre le droit d'avoir des arbres sur la limite des deux fonds, soit à tolérer un pareil état de choses ; mais, à lui seul, l'intérêt ne suffit pas à repousser l'observance de l'art. 671.

(3) Cass., 20 mars 1828, S. chr., D., 28. 1. 186.

(4) Aubry et Rau, II, § 197, p. texte et note 13; Laurent, VIII, n. 8. — *Contra* Demolombe, XI, n. 496.

sépare, dans le calcul de la distance, on tient compte de la largeur du chemin.

L'art. 671, en fixant la distance entre un arbre et le fonds voisin, ne crée pas une présomption « légale », attribuant au propriétaire de l'arbre la propriété d'une bande de terrain entre l'arbre et le fonds voisin aussi large que la distance légale (1). Mais le juge peut, considérant l'état des lieux, y voir une présomption de fait (2).

1012. L'ancien art. 671 formulant en termes absolus la règle relative aux distances à observer pour les plantations, les auteurs en concluaient généralement que cette règle était applicable même aux plantations en espalier faites le long d'un mur, bien que cette application fût difficile à justifier au point de vue rationnel, des arbres ainsi plantés ne pouvant guère nuire au voisin par leurs racines, ni même par leurs branches, du moins si on ne leur laisse pas dépasser la hauteur du mur. De là serait résultée l'interdiction à peu près absolue de planter des espaliers le long d'un mur de clôture mitoyen ou non, si presque partout les usages locaux n'étaient venus corriger sur ce point la rigueur de la loi. Le droit introduit par ces usages locaux se trouve aujourd'hui législativement consacré (3). Le nouvel art. 671 al. 2. dispose : « *Les » arbres, arbustes et arbrisseaux de toute espèce peuvent être » plantés en espaliers, de chaque côté du mur séparatif, sans » que l'on soit tenu d'observer aucune distance, mais ils ne » pourront dépasser la crête du mur. — Si le mur n'est pas*

(1) Cass., 14 avril 1852, S., 52. 1. 330, D., 52. 1. 169; 22 juin 1863, S., 63. 1. 438, D., 64. 1. 122; 11 août 1875, S., 75. 1. 405, D., 76. 1. 82. — Bordeaux, 6 janvier 1857, S., 57. 2. 309, D., 59. 5. 348; Laurent, VIII, n. 2. — *Contra* Colmar, 6 avril 1842, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 651; 18 nov. 1845, D., 46. 2. 224; ces arrêts consacrent l'existence d'une présomption légale.

(2) C'est encore là une solution conforme aux règles générales sur la preuve du droit de propriété. — Voir les arrêts de cassation cités à la note précédente; leur formule n'est peut-être pas très précise, mais au fond la solution est exacte ; pour parler un langage correct, il faut éviter de dire qu'il y a présomption légale, susceptible de tomber devant la preuve contraire; il n'y a place que pour une présomption de l'homme abandonnée à la prudence du juge. — *Contra* Laurent, VIII, n. 2.

(3) Cpr. *supra*, p. 716, note 2. — Les dispositions de l'art. 671 s'appliquent aux lierres existant contre le mur, du moment où il est facile d'écarter les inconvénients qui peuvent en résulter. — Cass., 30 oct. 1894, *La Loi*, 5 janv. 1895.

» *mitoyen, le propriétaire seul a le droit d'y appuyer ses espa-* » *liers* ». Cette dernière disposition nous paraît inutile ; elle n'est qu'une déduction toute simple du principe que la propriété est un droit exclusif (1).

B. *Sanction.*

1013. Qu'arrivera-t-il maintenant, si les prescriptions de la loi relativement aux plantations ne sont pas observées ? Il faut distinguer.

a. S'agit-il tout d'abord d'un arbre ou arbuste planté à une distance inférieure au *minimum* légal, qui est de cinquante centimètres? Le voisin pourra exiger qu'il soit arraché.

Ce droit, absolu, comme le principe même posé dans l'article précédent, s'exerce sans qu'on ait à rechercher si les plantations causent ou non un préjudice (2). A l'inverse, il est vrai, on ne pourrait exiger la suppression d'un arbre planté à la distance légale, sous prétexte qu'il est susceptible de causer quelque dommage (3).

Quant aux arbres plantés dans la zone comprise entre le *minimum* et le *maximum* légal, c'est-à-dire à une distance au moins égale à cinquante centimètres et inférieure à deux mètres, le voisin ne peut demander en aucun cas que ces arbres soient arrachés, mais il a le droit d'exiger que lesdits arbres soient toujours maintenus à une hauteur ne dépassant pas deux mètres, si mieux n'aime le propriétaire des arbres

(1) Il a été jugé que les espaliers peuvent être plantés sans observation des distances légales, quand même le mur ne serait pas mitoyen. Cette solution semble ressortir en effet de l'art. 671, § 2 ; si le mur est mitoyen, on pourra trouver des espaliers des deux côtés ; s'il n'est pas mitoyen, il n'y en aura que d'un seul côté, mais ces espaliers pourront être maintenus à une distance moindre que la distance légale. — Trib. civ. Mayenne, 28 mai 1897, *Le Droit*, 4 nov. 1897. — On pourra toujours planter de chaque côté du mur, sans observer la distance légale, pourvu que celui qui n'a aucun droit sur le mur s'abstienne d'appuyer, c'est-à-dire de fixer, d'attacher au mur les plantations. — Trib. civ. Montmédy, 12 juin 1901, D., 02. 2. 171, S., 03. 2. 21.

(2) Cass., 2 juil. 1867, S., 67. 1. 388, D., 67. 1. 280 ; 25 mars 1862, S., 62. 1. 470, D., 62. 1. 174. — L'art. 672 s'applique aussi, quelque minime que soit la différence entre la distance observée et la distance légale. — Cass., 4 mars 1850, S., 50. 1. 78.

(3) Cass., 8 juil. 1874, S., 75. 1. 250, D., 75. 1. 112.

les arracher. Le choix entre l'arrachement et le recépage appartient au propriétaire des arbres (1).

La loi nouvelle s'applique même aux plantations faites avant sa promulgation. Il en résulte qu'un propriétaire ne pourrait pas aujourd'hui forcer son voisin à arracher des arbres de haute tige, plantés avant la promulgation de la loi nouvelle à une distance inférieure à deux mètres, pourvu bien entendu qu'ils soient à cinquante centimètres de la limite (2). Le propriétaire des arbres aurait le droit de les conserver à la condition de les maintenir à une hauteur ne dépassant pas deux mètres. Il importe peu que le code civil défendît de *planter* des arbres de haute tige dans ces conditions, puisque la loi nouvelle permet d'en *avoir,* ce qui implique le droit de conserver ceux existants. Est-ce une raison pour admettre, avec la cour de Caen (3), que la loi nouvelle doit être appliquée pour le jugement des contestations qui étaient *pendantes* au moment de sa promulgation? Nous ne le croyons pas, parce qu'il est de principe que le juge doit, pour la solution d'un litige, se référer à l'état de choses existant à l'époque où la demande a été formée, les plaideurs ne devant pas souffrir des lenteurs de la justice, qui ne leur sont pas imputables.

C'est au propriétaire ou à l'usufruitier qu'il appartient d'invoquer l'art. 672; le fermier ne pourrait, de son chef, mettre en œuvre la sanction de ce texte; il devrait, pour cela, s'adresser à son bailleur (4).

Lorsque l'on recourt aux usages locaux pour la fixation des distances, il est évident que l'on ne saurait exiger la suppression des arbres plantés conformément à l'usage (5); mais quelle serait la sanction si la plantation avait été faite à une distance moindre que celle imposée par la coutume? Le voisin aurait-il le droit, suivant la teneur ancienne de l'art. 672, si, tout au moins, l'usage permettait une semblable sanction, de faire arracher l'arbre? La sanction normale des prescrip-

(1) Cass., 27 déc. 1897, D., 98. 1. 171.
(2) Cass., 27 déc. 1897, précité.
(3) Caen, 25 fév. 1883, S., 86. 2. 29, D., 84. 2. 215.
(4) Cass., 5 mars 1850, S., 50. 1. 377, D., 50. 1. 78. — Laurent, VIII, n. 10.
(5) Cass., 28 juill. 1873, S., 73. 1. 449, D., 74. 1. 22.

tions relatives aux distances consiste dans la suppression des plantations trop rapprochées; on ne comprend la réduction de l'arbre que si la distance est déterminée d'après la hauteur; si donc l'usage avait fixé les distances en considération des essences plantées, il y aurait comme sanction nécessaire l'arrachement de l'arbre, à moins qu'il n'en ait lui-même déterminé une autre; en effet, bien que la loi ne renvoie aux usages que pour la détermination des distances, la sanction est trop intimement liée à ces prescriptions mêmes pour qu'on ne soit pas tenu d'observer aussi celle que l'usage impose.

1014. Toutefois le droit d'avoir soit des arbres plantés à une distance inférieure au *minimum* légal (cinquante centimètres), soit des arbres d'une hauteur de plus de deux mètres dans la zone de cinquante centimètres à deux mètres peut s'acquérir soit par titre, soit par la destination du père de famille, soit par la prescription trentenaire (art. 672 al. 1).

Par titre. Cela n'a jamais fait de difficulté sous l'empire de l'ancien art. 671.

Par la destination du père de famille. Il y avait à ce sujet une controverse très vive, que la loi nouvelle tranche dans le sens de la jurisprudence et de la majorité des auteurs.

Rien n'empêche, par suite, d'accepter encore la règle que la jurisprudence avait posée, en présumant la destination du père de famille, lorsque les deux fonds, depuis divisés, avaient appartenu au même propriétaire (1), mais en refusant d'étendre la solution aux arbres poussés comme rejets, ou plantés depuis la séparation des héritages (2).

Par la prescription trentenaire. Dès avant la loi ed 1881, les auteurs et la jurisprudence admettaient cet effet spécial de la prescription acquisitive; même l'on s'était mis à peu près d'accord pour en fixer le point de départ. Comme il s'agissait d'une prescription acquisitive exigeant les caractères requis par l'art. 2229 C. civ., et, notamment, la condition de publicité, elle ne commençait, en principe, à courir que du jour même

(1) Rennes, 3 juillet 1813, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 659. — Paris, 15 juin 1865, S., 65. 2. 199. — Aubry et Rau, II, § 197, p. 217; Demolombe, XI, n. 502; Laurent, VIII, n. 14.

(2) Cass., 28 nov. 1853, S., 54. 1. 37, D., 54. 2. 233.

de la plantation (1), ou bien, pour les arbres provenus de semis ou sortis de vieilles souches ravalées au niveau du sol, du jour de leur sortie de terre (2). On avait voulu soutenir, à titre d'exception, qu'à l'égard des baliveaux poussés sur taillis, le point de départ de la prescription ne remontait qu'au moment où on les avait réservés dans l'exploitation forestière, mais l'exception n'était pas justifiée ; l'arbuste se révèle suffisamment dès qu'il est sorti de terre, et la règle doit s'appliquer aux bois exploités en taillis comme à tous autres (3). Si, cependant, l'arbuste était né au milieu d'une haie, il faudrait attendre, pour le point de départ de la prescription, pour la condition de publicité, le moment où il dépasserait le niveau de la haie (4). Mais, à l'inverse, il ne faudrait pas, pour les arbres sortis de souches ravalées, faire remonter la prescription jusqu'à l'époque de la plantation de ces souches, sous prétexte qu'il s'agirait toujours des mêmes arbres ; en effet, lorsque la souche est ravalée, l'arbre ancien disparaît et le rejet est un arbre nouveau dont on est en droit d'exiger la suppression, s'il est poussé depuis moins de trente ans (5).

Mais quel droit, la prescription une fois accomplie, aura-t-elle fait acquérir au voisin ? Sera-ce seulement le droit de conserver les arbres plantés à une distance moindre que la distance légale ou tenus plus haut que le *maximum* légal ? Ou bien le droit d'avoir à perpétuité des arbres dans ces conditions, ce qui implique la faculté de les remplacer par d'autres après leur mort ? Sous l'empire du code civil, la majorité des auteurs et la jurisprudence admettaient la première solution, qui paraît plus conforme aux principes, et notamment à la règle *Tantum præscriptum quantum possessum*. C'est aussi

(1) Cass., 25 mai 1842, S., 42. 1. 733, D., 42. 1. 270. — Aubry et Rau, II, § 197, p. 215 ; Demolombe, XI, n. 499 ; Laurent, VIII, n. 12.

(2) Cass., 24 mai 1864, S., 64. 1. 411, D., 64. 1. 229 ; juil. 1877, S., 77. 1. 302, D., 78. 1. 214.

(3) Cass., 13 mars 1850, S., 50. 1. 385, D., 50. 1. 89 ; 2 juil. 1877, précité. — Aubry et Rau, II, § 197, p. 215, texte et note 19 ; Laurent, VIII, n. 12.

(4) Amiens, 21 déc. 1821, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 641. — Bourges, 16 nov. 1830, S., 31. 2. 152, D., 32. 2. 11.

(5) Cass., 24 mai 1864, 2 juil. 1877, précités ; 31 juil. 1865, S., 65. 1. 369, D., 65. 1. 350 ; 27 mars 1888, D., 88. 1. 416. — Trib. civ. Toul, 20 déc. 1900, *La Loi*, 7 mars 1901. — Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Laurent, *loc. cit.*

celle que consacre législativement le nouvel art. 682 *in fine* : « *Si les arbres meurent, ou s'ils sont coupés ou arrachés, le* » *voisin ne peut les remplacer qu'en observant les distances* » *légales* ». Ajoutez : et la hauteur légale. Cette règle est formulée par la loi dans des termes tellement généraux qu'elle peut paraître s'appliquer non seulement au cas où le droit d'avoir des arbres à une distance inférieure au minimum légal résulte de la prescription, mais aussi au cas où ce droit résulte soit de la destination du père de famille, soit d'un titre. Quand le droit résulte de la destination du père de famille, nous n'y voyons pas de difficulté. Mais s'il résulte d'un titre, il est clair, ainsi que l'a fait observer le rapporteur de la loi à la chambre des députés, qu'il faut avant tout consulter le titre pour déterminer l'étendue du droit qu'il confère, car il fait la loi des parties. Certes, le titre pourrait conférer le droit d'avoir à perpétuité des arbres tenus en dehors des conditions légales de distance et de hauteur, ce qui implique le droit de les remplacer par d'autres dans les mêmes conditions après leur disparition. C'est donc seulement dans le silence du titre qu'il y aura lieu d'appliquer la règle formulée par l'art. 672 al. 2.

1015 *b.* Supposons maintenant que des arbres aient été plantés à la distance de deux mètres ; malgré cela, leurs branches ou leurs racines empiètent sur l'héritage voisin. Le nouvel art. 673, reproduisant sur ce point, et presque dans les mêmes termes, la disposition de l'ancien art. 672 al. 2 et 3, autorise le voisin à couper lui-même les racines indiscrètes : quant aux branches, il a seulement le droit d'obliger le propriétaire de l'arbre à les couper. Cette différence entre les branches et les racines se justifie facilement. D'abord les racines ne paraissent pas, et le voisin sur l'héritage duquel elles empiètent les coupera souvent sans les voir, en labourant la terre. De quelque façon d'ailleurs qu'il les coupe, il ne fera cette opération ni mieux ni moins bien que ne le ferait le propriétaire lui-même. Il n'en est pas de même des branches ; elles demandent à être coupées avec une certaine intelligence. En autorisant le voisin à les couper lui-même, il aurait été à craindre que, par maladresse ou mauvais vouloir, il ne les

coupât de façon à déprécier l'arbre. Aussi la loi l'autorise-t-elle seulement à les *faire* couper (1).

1016. Pour ne pas sortir des dispositions limitatives de l'art. 673, il faut refuser au propriétaire le droit de couper lui-même les branches gênantes de l'arbre du voisin (2) et celui d'obliger le voisin à couper les racines (3).

Si les racines ou les branches avaient causé un préjudice certain, si elles avaient par exemple dégradé un mur, le préjudice devrait être réparé (4).

L'art. 673 s'applique aux arbres plantés ou non aux distances légales; dans le premier cas, le voisin n'a d'autres droits que ceux de l'art. 673, tandis que, dans le second, il peut exercer en outre ceux plus énergiques de l'art. 672 (5). Notre texte ne cesserait pas de produire effet dans l'hypothèse où l'on aurait acquis le droit de maintenir des arbres à une distance moindre que celle de la loi, soit par prescription, soit par destination du père de famille (6), soit même par titre, à moins que la convention n'enlève expressément au voisin la faculté que lui accorde l'art. 673. En effet, ce droit est distinct de la sanction inscrite dans l'art. 672, et il peut subsister malgré la perte de celle-ci; la preuve que ce sont là deux droits distincts, c'est qu'on n'hésite pas, et il le faut bien, sous peine de laisser à peu près inutile l'art. 673, à déclarer ce texte applicable aux arbres plantés suivant les prescriptions de l'art. 671 (7).

L'art. 673 s'applique, en principe, sauf la restriction contenue dans l'art. 150 du code forestier, aux bois domaniaux comme à ceux des particuliers (8).

(1) Le propriétaire des arbres ne saurait être tenu de couper les branches qui ne s'étendent pas sur le fonds voisin, quelles que soient les conséquences qui résultent de leur maintien. — Bordeaux, 8 fév. 1881, D., 84. 5. 445.

(2) Cass., 15 fév. 1811, S. chr., D. *Rép.*, v° *Forêts*, n. 784.

(3) Rouen, 11 mars 1869, D., 72. 1. 257.

(4) Cass., 10 juill. 1872, S., 72. 1. 392, D., 72. 1. 257.

(5) Aubry et Rau, II, § 197, p. 217; Demolombe, XI, n. 506; Laurent, VIII, n. 17.

(6) Cass., 16 juillet 1835, S., 35. 1. 799, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 675. — Bastia, 3 mars 1856, S., 56. 2. 202, D., 56. 2. 85. — Paris, 15 juin 1865, S., 65. 2. 199, D., 65. 2. 199.

(7) *Sic* Aubry et Rau, II, § 197, p. 217; Demolombe, XI, n. 507; Pardessus, I, n. 196; Ducauroy, Bonnier et Roustain, II, n. 309. — *Contra* Laurent, VIII, n. 18; Duranton, II, n. 336 à 399.

(8) Cass., 30 juillet 1827, S. chr., D. *Rép.*, v° *Forêts*, n. 781. — Paris, 16 février

Par ailleurs, tous règlements ou usages contraires aux prescriptions de ce texte doivent être considérés comme abrogés (1).

1017. Pour encourager le voisin à tolérer les branches qui empiètent sur son héritage, la loi nouvelle lui attribue les fruits qui tombent naturellement de ces branches. Y avait-il bien là un motif suffisant de déroger au principe que les fruits d'un arbre appartiennent à son propriétaire ?

1018. Une disposition du projet autorisait le fermier à exercer le droit du propriétaire en ce qui concerne les racines et les branches. Cette disposition a été supprimée au Sénat. On a craint de mettre aux mains des fermiers une arme dont ils pourraient abuser (2). Mais il a été positivement expliqué, et d'ailleurs cela allait de soi, qu'on entendait ne porter aucune atteinte aux prérogatives que le droit commun accorde au fermier (3). Il pourra donc, de sa propre autorité, couper les racines qui peuvent nuire à la culture, jusqu'à la plus grande profondeur que peut atteindre la charrue ou la bêche, mais non les racines profondes, qui ne nuisent pas à la culture. De même, il pourra s'adresser au propriétaire, tenu de le faire jouir, pour qu'il fasse couper les branches empiétant sur le fonds et dont l'ombre lui causerait préjudice (4).

1019. Aux termes de l'art. 673 *in fine* : « *Le droit de cou-* » *per les racines ou de faire couper les branches est impres-* » *criptible* ». En effet, il s'agit d'un acte de *pure faculté*. D'un autre côté, le fait, de la part d'un propriétaire, de souffrir, sans réclamer, les branches ou les racines qui empiètent sur son héritage, peut être considéré comme un acte de simple tolérance. Or, aux termes de l'art. 2232 : « Les actes de pure

1824, S. chr.; Aubry et Rau, II, § 197, p. 217; Demolombe, XI, n. 505; Laurent, VIII, n. 16.

(1) Cass., 31 déc. 1810, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 670. — Caen, 19 fév. 1859. S., 59. 2. 587. — Aubry et Rau, II, § 197, p. 217; Demolombe, XI, n. 504.

(2) V. rep. *Contra* 9 déc. 1817, S. chr., D. *Rép.*, v° *Louage*, n. 238.

(3) Rapport de M. Leroy à la Chambre des députés; Sirey, *Lois annotées*, année 1882, p. 277, note 2.

(4) Trib. paix Livarot, 24 nov. 98, S., 99. 2. 83. *Contra* Trib. civ. Louviers, 28 avril 1899, P., 99. 2. 424, S., 1900. 2. 52.

» faculté et de simple tolérance ne peuvent fonder ni posses-» sion ni prescription ». C'était la solution généralement admise sous l'empire du code civil; mais il s'était élevé quelques difficultés sur ce point, et le nouveau législateur a peut-être bien fait de s'expliquer catégoriquement (1).

Il aurait eu raison de trancher aussi du même coup la controverse née sur le point de savoir si le droit de conserver les branches ou les racines pouvait s'acquérir, à titre de servitude, par la destination du père de famille. Il nous semble difficile d'admettre un pareil résultat, par le seul fait que le propriétaire a laissé prendre aux branches ou aux racines un développement plus ou moins prononcé (2).

Toutefois, comme les dispositions de l'art. 673 ne sont pas d'ordre public, le droit de conserver les branches ou les racines peut résulter d'un titre exprès ou d'une concession implicitement contenue dans un acte de vente ou de partage sainement interprété (3).

1020. Les actions des art. 672 et 673 sont de la compétence des juges de paix, lorsqu'aucune contestation ne s'élève sur la propriété, sur les servitudes, ni sur les titres (4).

SECTION III

DE LA DISTANCE ET DES OUVRAGES INTERMÉDIAIRES REQUIS POUR CERTAINES CONSTRUCTIONS

1021. Aux termes de l'art. 674 : « *Celui qui fait creuser* » *un puits ou une fosse d'aisance près d'un mur mitoyen ou* » *non;— Celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge,* » *four ou fourneau,— Y adosser une étable, ou établir contre* » *ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives,*

(1) Cpr. Caen, 3 mars 1893, S., 93. 2. 144, D., 94. 2. 3.

(2) Cass., 16 juillet 1835. — Bastia, 3 mars 1856. — Paris, 15 juin 1835, arrêts cités *supra*, n. 1016. A propos d'une question connexe, Caen, 3 mars 1893, précité. — V. dans le même sens Aubry et Rau, II, § 197, p. 218, note 29. — *Contra* Demolombe, XI, n. 508; Laurent, XIII, n. 19.

(3) Aubry et Rau, II, § 197, p. 218; Laurent, VIII, n. 19.

(4) Loi du 25 mai 1838, art. 5, n. 2. — Cpr. Cass., 13 mars 1850, S., 50. 1. 385. — Caen, 3 mars 1893, précité.

» — *Est obligé à laisser la distance prescrite par les règle-* » *ments et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les* » *ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages pour* » *éviter de nuire au voisin* ».

La loi énumère ici certains travaux de nature à nuire aux constructions voisines, à l'exemple des anciennes coutumes (1), et ne permet de les exécuter qu'en prenant certaines précautions prescrites par les règlements et usages (2).

Le fondement de cette disposition repose tout à la fois sur le principe général de l'art. 1382 et sur cette idée qu'il vaut mieux prévenir le mal que d'avoir à le réparer.

D'ailleurs, l'énumération légale n'est nullement limitative; notre disposition devrait donc s'appliquer à tous les ouvrages susceptibles de compromettre le mur voisin. En effet, lorsque la solidité du mur est compromise, on est dans l'hypothèse de l'art. 676; les tribunaux, par suite, apprécieront, en fait, s'il convient d'assimiler certains ouvrages à ceux que la loi a prévus expressément; ainsi l'on étendra ce qui est édicté pour les puits aux réservoirs et aux canaux destinés à la conduite des eaux (3); on appliquera aux tuyaux d'une fournaise ce qui concerne la fournaise elle-même (4); aux matières corrosives, on assimilera une fosse destinée à éteindre de la chaux (5) ou des amas de terres jectisses (6).

L'art. 674, s'il n'est pas limitatif dans son énumération des ouvrages nuisibles, ne protège, en revanche, que les murs séparatifs; les anciens usages qui auraient pour but de prévenir les dommages causés à toute autre partie d'un fonds, sont abolis et ont cessé d'être obligatoires, d'avoir force de loi. Les tribunaux, sur la plainte du voisin, après avoir

(1) V. notamment Cout. de Paris, art. 188, 192, 217.

(2) V. à cet égard les dispositions des anciennes coutumes citées dans le Code annoté de Fuzier-Herman, sur l'art. 674, I, p. 935, note 1.

(3) A l'inverse, on considère que les tuyaux de descente de fosses d'aisance ne sont pas soumis aux dispositions prescrites pour les fosses elles-mêmes. — Cass., 7 nov. 1849, S., 50. 1. 18, D., 49. 1. 295. — Cpr. *supra*, n. 969.

(4) Le propriétaire d'une maison est obligé d'élever les tuyaux de ses cheminées de façon que la fumée n'en soit pas dirigée trop habituellement vers la maison de son voisin ; mais c'est là une application de l'art. 1382, plutôt que de l'art. 674.

(5) Bordeaux, 19 août 1831, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 699.

(6) Cass., 10 juillet 1872, S., 72. 1. 392, D., 72. 1. 257.

apprécié le sérieux et l'imminence du danger que l'ouvrage fait courir à la propriété voisine, ont toute liberté pour prescrire les mesures préventives les plus convenables, par exemple, celles établies par les usages anciens (1).

1022. — *Près d'un mur mitoyen ou non.* Il est sans difficulté que l'art. 674 reçoit son application, lorsque le mur près duquel on veut faire des travaux ou dépôts de la nature de ceux dont nous venons de parler, est mitoyen ou appartient exclusivement au voisin. En est-il de même si ce mur est la propriété exclusive de celui qui agit? A cet égard, il faut établir la distinction suivante : les travaux ou dépôts sont-ils de nature à compromettre seulement la solidité du mur contre lequel ils sont faits, comme il arriverait par exemple au cas du percement d'un puits, ou au cas d'un dépôt de sel au autres matières corrosives? Notre article ne s'appliquera plus. L'auteur des travaux ou du dépôt ne nuit qu'à lui-même. Le texte de l'art. 674 ne fournit pas à l'opinion contraire (2) un argument bien solide. Les mots « *mitoyen ou non* » sont la traduction de ce passage de la coutume de Paris « le mur commun ou le mur d'autrui » (3), ainsi que le confirment les expressions finales de notre texte « *pour éviter de nuire au* » *voisin* » (4). Mais, en revanche, lorsqu'il s'agit de travaux tels que fours, forges et fourneaux, susceptibles de compromettre la sécurité publique, quand ils sont faits dans des conditions

(1) Aubry et Rau, II, § 198, p. 220. — Cass., 13 mars 1827, S., 27. 1. 360. — Bordeaux, 18 mars 1849, S., 50. 2. 183. — Cpr. Besançon, 13 août 1844, S., 45. 2. 625. Il n'y aurait là qu'une application des principes généraux relatifs à l'exercice du droit de propriété, *supra*, n. 219 s., dont on a déjà vu une autre application spéciale à propos des fossés creusés sur la limite extrême des héritages, *supra*, n. 998.

(2) Delvincourt, I, p. 161, note 8; Pardessus, I, n. 200.

(3) Art. 191 de la coutume de Paris; *adde* art. 13 de la coutume du Nivernais, tit. des *Maisons et servitudes*.

(4) V. en ce sens Aubry et Rau, II, § 198, p. 221; Demolombe, XI, n. 516; Laurent, VIII, n. 26. — Si le mur appartient tout entier au voisin, l'art. 674 ne reçoit qu'une application partielle. En effet, aucun ouvrage ne pourra, sans la permission du voisin, être *adossé* au mur non mitoyen. — Par ailleurs l'art. 674 n'empêche pas l'observation de l'art. 662, de sorte qu'en dehors des précautions requises il faudra, soit obtenir le consentement du co-propriétaire, soit recourir à une expertise préalable avant de pratiquer un enfoncement dans le mur mitoyen ou d'y appuyer un ouvrage. — Demolombe, XI, n. 508.

défectueuses, le constructeur devra dans tous les cas se soumettre aux prescriptions du dernier alinéa de l'art. 674.

Il est intéressant, à d'autres égards, de distinguer suivant que les mesures préventives sont prescrites seulement dans l'intérêt privé du voisin, ou suivant qu'elles sont en outre commandées par un intérêt général de sécurité et de salubrité. En effet, il est permis soit par titre, soit par destination du père de famille, soit par prescription, de s'affranchir des premières, tandis que l'on doit toujours observer les autres, nonobstant toute convention contraire (1).

1023. Les *règlements* dont parle notre texte sont des dispositions administratives. On peut citer comme exemple l'ordonnance du 24 septembre 1819, sur le mode de construction des fosses d'aisance dans la ville de Paris. Le projet du code ne visait que ces règlements ; sur les observations du tribunat, on ajouta les usages, qui comblent souvent les lacunes des règlements administratifs.

Lorsqu'il y a lieu de mesurer la distance qui doit exister entre le mur et l'ouvrage nuisible, on la compte à partir du parement le plus voisin de l'ouvrage, quand bien même le mur serait mitoyen (2).

S'il n'y avait ni règlements, ni usages relatifs au genre de travail que l'on veut effectuer, il faudrait recourir à une expertise, afin de déterminer les précautions nécessaires pour sauvegarder ou le mur voisin ou même la sécurité publique. Sans doute, l'art. 674, différent en cela de l'art. 691, ne prescrit à défaut de règlements ou d'usages, aucune mesure et, dans la rigueur des principes, on a pu en conclure que le propriétaire conservait intact le droit de faire sur son fonds un ouvrage quelconque, bien que la prudence lui commandât de recourir à une expertise préalable (3). Mais, en pratique, pour que la difficulté apparaisse, il faut qu'un procès s'élève, que le voisin se plaigne en justice d'un ouvrage nuisible. Si cet ouvrage rentre dans la catégorie de ceux prévus par le code, les tribu-

(1) Aubry et Rau, II, § 198, p. 221 ; Demolombe, XI, n. 515 ; Laurent, VIII, n. 26.

(2) Demolombe, XI, n. 522.

(3) Laurent, VIII, n. 27.

naux n'hésiteront guère à le considérer comme dangereux, à recourir à une expertise pour s'éclairer sur ce point, et connaître les précautions utiles, que ne révèleraient ni les règlements ni les usages. Si le constructeur veut éviter cette expertise judiciaire, et peut-être la démolition de son ouvrage, il fera mieux évidemment de prendre, d'accord avec le voisin, l'initiative d'une expertise amiable. Du reste, en fait, l'absence de règlements ou d'usages sera très rare.

Lorsque l'on n'a pas obéi aux mesures préventives que prescrivent l'usage ou les règlements, les tribunaux peuvent ordonner, soit la démolition, soit des travaux conformes aux règles établies, et accorder, en outre, des dommages-intérêts pour le préjudice déjà causé. Les juges doivent imposer l'observation de l'usage et des règlements, sans que le voisin ait besoin d'établir l'existence d'un préjudice quelconque; ils examinent seulement, en fait, si les précautions prises répondent à celles qui sont exigées, et, sur ce motif, on a pu décider que l'usage relatif à la construction d'un four avait été suivi, lorsque le mur contre lequel il était établi avait une épaisseur suffisante pour empêcher le four d'être nuisible au voisin (1).

D'ailleurs l'observation des prescriptions commandées par les règlements ou les usages, ou même ordonnées par la justice, ne libèrerait pas l'auteur des travaux ou dépôts de l'obligation de payer au voisin des dommages-intérêts, au cas où celui-ci aurait subi un préjudice. Arg. art. **1382** et **1383** (2).

Les actions fondées sur l'art. 674 sont, comme celles relatives aux plantations, de la compétence des juges de paix, si la propriété ou les titres ne sont pas contestés (3).

(1) Riom, 14 nov. 1842, S., 43. 2. 7, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 685. — Laurent, VIII, n. 31.

(2) Il ne suffit pas toujours de se conformer aux prescriptions de l'art. 674. — Le droit administratif impose d'autres obligations pour certains établissements dangereux ou insalubres.

(3) V. art. 6-3° de la loi du 25 mai 1838. — Cpr. Cass., 6 déc. 1886, S., 87. 1. 60, D., 87. 1. 223.

SECTION IV

DES VUES SUR LA PROPRIÉTÉ DE SON VOISIN

§ I. *Distinction des jours et des vues.*

1024. Bien que la rubrique de cette section ne parle que des *vues,* il y est aussi question des *jours,* qu'il faut soigneusement distinguer des vues.

Les *jours,* dits de *tolérance,* sont des ouvertures destinées exclusivement à éclairer les appartements. Elles ne permettent pas de les aérer, parce qu'elles sont à *verre dormant,* c'est-à-dire munies d'un verre fixé dans un châssis qui ne peut s'ouvrir et ne permettent que difficilement de jeter les regards sur l'héritage voisin, parce qu'elles sont percées à une grande hauteur au-dessus du sol ou du plancher de l'appartement qu'elles éclairent. Un treillis en fer, qui garnit toute la surface de l'ouverture, empêche qu'on puisse rien jeter chez le voisin, quand même la vitre viendrait à être accidentellement brisée.

Les *vues* sont des ouvertures qui laissent pénétrer à la fois l'air et la lumière, et qui permettent de plus *d'avoir un regard pénétratif sur l'héritage d'autrui* (cout. d'Orléans, art. 229).

On voit par ces définitions que les vues sont beaucoup plus gênantes pour le voisin que les jours, et on s'explique ainsi que la loi ait apporté plus de restrictions à l'établissement des vues sur l'héritage d'autrui qu'à celui des jours.

La question générale qu'a pour but de résoudre notre section, est celle de savoir si le propriétaire d'un mur situé près de l'héritage voisin a le droit d'ouvrir dans ce mur des jours ou des vues. Nous distinguerons, à ce sujet, avec la loi elle-même, suivant que le mur est mitoyen ou non.

A. *Le mur est mitoyen.*

1025. Aux termes de l'art. 675: « *L'un des voisins ne peut,* » *sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mi-* » *toyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que*

» *ce soit même à verre dormant* ». La raison en est que telle n'est pas la destination du mur mitoyen. « Le mur mitoyen, dit Pothier, étant fait pour s'enclore et pour qu'on y appuie ce qu'on juge à propos d'y appuyer, il s'ensuit que chacun des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, s'en servir pour d'autres usages : c'est pourquoi il ne peut, sans le consentement de l'autre, y faire des trous ou fenêtres sur l'héritage du voisin ». D'ailleurs le voisin qui pratiquerait une ouverture dans le mur, se l'approprierait exclusivement dans la partie où il l'a percé ; en cet endroit l'autre voisin ne pourrait plus se servir du mur pour un usage quelconque.

1026. L'interdiction de l'art. 675, basée sur les principes de la mitoyenneté et sur l'intérêt réciproque des copropriétaires, ne saurait être invoquée que par ceux-ci ; un locataire ne pourrait, de son chef, obliger le voisin à boucher les jours pratiqués dans un mur mitoyen (1).

La prohibition de notre article ne s'applique qu'aux murs mitoyens, séparatifs de deux héritages : en conséquence, le mur construit sur la limite d'une propriété séparée par un chemin public des fonds voisins, ne pouvant, même aux termes d'une convention formelle, devenir mitoyen, échappe aux prescriptions de l'art. 675 (2). Comme il n'y a pas non plus de mitoyenneté possible, lorsque le mur est contigu au domaine public, l'art. 675 cesse d'être applicable lorsque, après expropriation de la maison adossée au mur mitoyen, le sol sur lequel le bâtiment était élevé se trouve incorporé au domaine public (3). Au contraire, l'art. 675 devrait être observé si le sol d'une maison acquise par une ville et démolie ensuite appartenait au domaine privé de la ville (4). Enfin lorsque

(1) Rouen, 5 fév. 1817, S. chr.

(2) Cass., 20 nov. 1882, S., 83. 1. 116. — Limoges, 24 août 1881, S., 81. 2. 255.

(3) Cass., 31 janv. 1849, D., 49. 1. 96; 21 juill. 1862, S., 62. 1. 796, D., 69. 1. 373 31 janv. 1866, S., 66. 1. 96, D., 66. 1. 257; 1er juill. 1879, S., 80. 1. 118, D., 79. 1. 478; Aubry et Rau, II, § 222, p. 430, note 48.

(4) Cass., 21 juill. 1862, 31 janv. 1866, et 1er juill. 1879, précités. — La ville pourrait autoriser des ouvertures dans le mur, en prenant soin de ne donner son consentement qu'à titre de tolérance, si elle voulait se réserver le droit de les faire supprimer ensuite. — Cass., 21 juill. 1862, précité. — Paris 13 mars 1860, S., 60. 2. 359, D., 60. 2. 124. — Dijon, 20 déc. 1871, S., 72. 2. 72, D., 72. 5. 411.

l'un des copropriétaires exhausse à ses frais le mur mitoyen, il peut pratiquer des jours dans la partie surélevée, puisqu'elle n'est pas mitoyenne (1).

1027. Cependant la faculté d'avoir un jour ou une vue dans un mur mitoyen peut être acquise : 1° par titre, c'est-à-dire par convention ou par testament, dont les juges du fait interprètent souverainement les termes (2); 2° par la prescription, qui sera accomplie lorsque le voisin aura laissé subsister les ouvertures pendant trente ans. La prescription n'opère que s'il s'agit de fenêtres ou d'ouvertures pratiquées dans le mur, susceptibles d'éveiller l'attention du voisin et de provoquer sa contradiction, constituant une violation indéniable des règles posées dans l'art. 675; on ne saurait considérer comme telles des brèches ou échancrures pouvant provenir d'un simple accident (3). Dans ces deux cas, le mur mitoyen est grevé d'une véritable servitude.

B. *Le mur n'est pas mitoyen.*

1028. D'après les principes généraux, celui à qui appartient un mur devrait pouvoir, en vertu du droit absolu de disposition qui appartient au propriétaire, pratiquer des ouvertures quelconques (jours ou vues) dans ce mur, fût-il contigu à un héritage appartenant à autrui. Mais il aurait pu en résulter une très grande gêne pour le propriétaire voisin. Aussi le législateur a-t-il, dans un but d'intérêt général, apporté, à ce point de vue, certaines restrictions au droit du propriétaire. Ces restrictions, qui ne constituent pas de véritables servitudes, mais déterminent seulement les limites légales du droit de propriété et représentent le droit commun de la propriété foncière en France, peuvent être ainsi formulées d'une manière générale : le propriétaire d'un mur ne peut y pratiquer ou y conserver que des jours de tolérance, lorsque ce mur touche l'héritage voisin ou en est séparé par une distance inférieure au *minimum* légal. Si le mur est situé au delà de cette distance, le propriétaire peut y avoir des vues.

(1) Demolombe, XII, n. 539.
(2) Cass., 26 janv. 1875, S., 75. 1. 121, D., 76. 1. 124.
(3) Cass., 15 juin 1881, S., 83. 1. 401, D., 83. 1. 259.

Nous allons parler successivement des jours de tolérance et des vues.

1° *Des jours de tolérance.*

1029. « *Le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant* » (art. 676 al. 1).

Bien que la loi ne parle dans ce texte que du mur non mitoyen *joignant immédiatement l'héritage d'autrui*, la même règle s'appliquerait *a fortiori* au mur qui, étant situé à une certaine distance du fonds voisin, n'en serait pas cependant assez éloigné pour que le propriétaire pût y pratiquer des vues.

Les jours de tolérance doivent satisfaire à plusieurs conditions indiquées par notre article et par l'art. 677.

D'abord ils doivent être *à verre dormant* (ce qui signifie, ainsi que nous l'avons déjà dit, que le châssis dans lequel le verre est fixé doit être établi de manière à ne pouvoir s'ouvrir) (1) et *à fer maillé*, c'est-à-dire recouvert d'un treillis en fer formant des mailles dont la loi détermine la dimension. Une ouverture que ferme un verre dépoli n'est pas seulement une cloison mince et fragile; c'est un jour soumis aux prescriptions des art. 676 et 677 (2). « *Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer, dont les mailles auront un décimètre (environ trois pouces huit lignes) d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant* », dit l'art. 676 al. 2.

En outre les jours de tolérance doivent être placés à une certaine hauteur : « *Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à vingt-six décimètres (huit pieds) au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est au*

(1) Il n'est pas impérieusement nécessaire, comme l'a décidé, à l'exemple des anciennes coutumes (Paris, art. 201, Orléans, art. 630), un jugement (trib. Caen, 25 mars 1849, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 724), que le châssis soit « scellé à chaux et à plâtre ». Il suffit que le verre soit établi de façon à ne pouvoir être soulevé. — Cpr. Demolombe, XII, n. 533; Laurent, VIII, n. 52.

(2) Demolombe, XII, n. 542 *bis*. — Si, cependant, il s'agissait d'une véritable cloison en verre, d'une cloison éclairante ne donnant passage qu'à la lumière, ne pouvant s'ouvrir et ne permettant pas aux regards de pénétrer chez le voisin, il en serait autrement, Trib. Gex, 27 juillet 1900, S., 01. 2. 147.

» *rez-de-chaussée, et à dix-neuf décimètres (six pieds) au-* » *dessus du plancher, pour les étages supérieurs* » (art. 677). Des ouvertures placées à cette hauteur ne permettent que très difficilement de jeter les regards chez le voisin. La loi exige une élévation plus grande pour les jours du rez-de-chaussée, parce qu'on s'y tient plus habituellement et qu'on s'y trouve plus près de la propriété voisine. Remarquons que la hauteur se compte « du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer », et non du niveau de l'héritage voisin, jusqu'à hauteur de l'appui des ouvertures (1).

Lorsqu'un escalier est éclairé par des jours de souffrance, la distance se compte de la marche la plus rapprochée de l'ouverture.

L'art. 667 ne parlant que du rez-de-chaussée et des étages supérieurs, paraît inapplicable aux caves. Aussi la jurisprudence décide-t-elle que les soupiraux des caves peuvent être établis à une hauteur moindre que celle qu'exige notre article, le droit absolu du propriétaire ne subissant plus ici de restriction, puisque la loi n'en établit pas (2). Solution dont l'utilité pratique est évidente, beaucoup de caves n'ayant pas huit pieds de profondeur. Il ne paraît même pas nécessaire que les soupiraux des caves soient *à fer maillé et verre dormant*. L'art. 676 semble en effet étranger aux caves aussi bien que l'art. 677 (argument du mot *fenêtres*).

Mais les principes généraux sur l'exercice du droit de propriété demeurent applicables, et les soupiraux ne pourraient être établis de façon à causer une incommodité sensible au voisin (3).

D'ailleurs la loi n'a pas limité la dimension des jours. On peut donc les faire aussi grands qu'on le veut, à la condition de les établir suivant les règles tracées par les art. 676 et 677.

1030. La faculté, qui appartient au propriétaire d'un mur proche de l'héritage d'autrui, d'y avoir des jours dans les

(1) Il ne suffit pas que les ouvertures soient placées à la hauteur voulue par l'art. 677; il faut encore qu'elles répondent aux conditions de l'art. 676, § 2. — Paris, 31 déc. 1895, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 157.

(2) Limoges, 4 nov. 1890, D., 92. 2. 351.

(3) Aubry et Rau, II, § 196, p. 205.

conditions que nous venons d'indiquer, n'empêche pas le propriétaire de l'héritage voisin d'élever des constructions, dussent-elles obstruer les jours. Ce droit lui appartiendrait même si les jours étaient percés depuis plus de trente ans. D'une part, en effet, la prescription suppose une usurpation du droit appartenant à autrui ; or le propriétaire d'un mur, en y pratiquant des jours établis dans les conditions prescrites par les art. 676 et 677, n'usurpe en aucune façon le droit du voisin, puisqu'il ne fait qu'user d'une faculté que la loi lui accorde. Et, d'autre part, le propriétaire de l'héritage voisin n'a pu perdre par la prescription le droit de faire sur son terrain des constructions qui obstrueraient les jours ; car c'était pour lui une pure faculté de construire, et l'abstention d'un acte de cette nature ne peut fonder aucune prescription (art. 2232). Et voilà bien pourquoi les jours pratiqués dans les conditions déterminées par les art. 676 et 677 sont dits *de tolérance*. Leur maintien est en effet subordonné à la tolérance du voisin, qui peut, suivant les circonstances, les obstruer en construisant ou en plantant, ou les faire supprimer en acquérant la mitoyenneté du mur (1) ; mais le voisin n'en pourrait évidemment exiger la suppression pure et simple, puisque la loi permet d'avoir ces jours dans des conditions déterminées. Si les ouvertures n'avaient pas été pratiquées suivant les règles des art. 676 et 677, le voisin aurait, au contraire, le droit d'en réclamer la suppression ou de les faire modifier conformément aux prescriptions légales (2) ; il conserverait ce droit, même après trente ans, si, en fait, il était permis de considérer ces ouvertures comme étant de simple tolérance, bien que non conformes aux dispositions des art. 676 et 677 (3).

2° *Des vues.*

1031. Les vues étant beaucoup plus gênantes que les jours, la loi ne permet de les établir sans le consentement du voisin,

(1) V. *supra*, n. 958.

(2) Le propriétaire peut toujours éviter la suppression complète des vues par des travaux qui les transforment en simples jours de tolérance. — Trib. Versailles, 22 mars 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 404. — Trib. Seine, 22 mai 1895, *Droit*, 21 nov. 1895.

(3) V. *infra*, n. 1034.

que quand le mur où on les pratique est placé à une certaine distance de la propriété voisine.

Il y a lieu de distinguer à ce sujet les *vues droites* ou de *de face* et les *vues obliques* ou *de côté*.

La vue droite est celle qui s'exerce dans la direction de l'axe d'une ouverture. Une fenêtre donne une vue droite, lorsqu'elle permet de voir sur l'héritage voisin sans se pencher au dehors et sans tourner la tête ni à droite ni à gauche. Toute vue qui ne peut s'exercer que dans d'autres conditions est une vue oblique.

On peut dire aussi qu'il y a une vue droite, lorsqu'une perpendiculaire — ou plus exactement encore la projection horizontale d'une perpendiculaire — au plan de l'ouverture peut rencontrer en un point quelconque la propriété voisine ; lorsqu'aucune des perpendiculaires au plan de l'ouverture ne peut rencontrer la propriété voisine, la vue est oblique ; ainsi quand la limite du fonds voisin forme un angle aigu avec la ligne du bâtiment et des fenêtres, la vue sera droite ou oblique suivant les dimensions des deux côtés de l'angle (1) ; si cet angle est droit ou obtus la vue ne pourra être qu'oblique. Lorsqu'il s'agit d'un balcon ou d'une saillie on applique la même règle aux différents plans du balcon ou de la saillie ; ainsi le balcon, prolongement d'une fenêtre donnant une vue oblique, peut offrir une vue droite sur le plan latéral. Lorsque la ligne des fenêtres est sur le prolongement de la limite du fonds voisin sur le même alignement, les fenêtres ne donnent sur ce fonds aucune vue, ni droite ni oblique, à moins qu'il n'y ait un balcon, auquel cas le plan latéral fournirait une vue oblique.

On définit souvent les vues droites : celles qui sont pratiquées dans un mur parallèle à la ligne séparative de deux héritages (2). Cette définition n'est pas exacte ; car on peut avoir une vue droite sur un fonds dont la ligne séparative forme un angle aigu avec le mur où est pratiquée la vue, si

(1) De même si la limite du fonds voisin et la ligne des fenêtres sont parallèles, la vue sera droite ou oblique, suivant que la limite de l'héritage voisin s'avance ou non jusqu'à hauteur des fenêtres.

(2) Demolombe, XII, n. 545.

cette ligne se prolonge jusque devant l'ouverture par laquelle la vue s'exerce; et, d'autre part, on n'a qu'une vue oblique sur un fonds placé parallèlement au mur où est pratiquée l'ouverture, lorsque ce fonds ne se prolonge pas assez pour se trouver, au moins en partie, en face de cette ouverture.

1032. La distance exigée varie suivant que la vue est droite ou oblique. La loi dit à ce sujet.

ART. 678. *On ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect, ou balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a dix-sept décimètres (six pieds) de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage.*

ART. 679. *On ne peut avoir des vues par côté ou obliques sur le même héritage, s'il n'y a six décimètres (deux pieds) de distance.*

ART. 680. *La distance dont il est parlé dans les deux articles précédents se compte depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait et, s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés.*

Aucune prescription ne restreint la hauteur ni la largeur des fenêtres; on conserve donc à cet égard toute liberté, sauf à ne pas oublier que, pour les vues obliques, la distance se calcule, ainsi qu'on le verra bientôt, à partir de l'une des arêtes de la fenêtre, ce qui peut obliger, dans certains cas, à en restreindre la largeur, pour la maintenir à la distance légale.

Pour les vues droites, le calcul de la distance légale ne donne lieu à aucune difficulté. S'agit-il d'une fenêtre ? La distance se compte depuis le parement extérieur du mur où elle est pratiquée jusqu'à la ligne séparative des héritages. S'agit-il d'un balcon ? Il faut en faire la projection horizontale sur le sol et cette projection servira de point de départ pour le calcul de la distance. Remarquons qu'un balcon donnant une vue droite non seulement en face, mais aussi à droite et à gauche, la distance exigée pour les vues droites doit exister par rapport aux trois côtés du balcon. — Aux balcons il faudrait

assimiler les terrasses placées sur les toits des maisons (1), les balustrades, les plateformes et les belvédères (2). Ce sont là, en effet, des ouvrages destinés « à donner des vues » et pratiqués dans un bâtiment. Mais si l'ouvrage n'avait pas pour *destination de procurer des vues*, il ne tomberait pas sous l'application de nos articles ; il en serait ainsi d'une pile de bois à brûler, ou d'un hangar à engranger, ouvert quand il est vide et fermé dans le cas contraire (3).

Lorsqu'il s'agit de lucarnes, ouvertes dans les combles d'une maison, aspectées vers le ciel, on ne peut considérer ces ouvertures comme donnant des vues sur la propriété du voisin et, par suite, elles échappent aux prohibitions légales (4).

Les dispositions de nos articles ne concernent pas non plus les ouvertures qui servent exclusivement à l'accès du bâtiment ou de la propriété ; ainsi il n'est pas nécessaire d'observer les distances légales pour les portes pleines à panneaux, sans vitrage, du bâtiment lui-même (5) ; il n'y a pas là, en effet, une fenêtre d'aspect donnant une vue permanente sur la propriété voisine.

(1) Laurent, VIII, n. 55. — Cpr. Caen, 12 avril 1866, S., 67. 2. 17. — *Contra* Metz, 25 mai 1848, S., 50. 1. 19, D., 49. 1. 295. — Demolombe, XII, n. 572.

(2) Le sommet d'un mur, garni d'une rampe et sur lequel il est facile d'accéder et de circuler, équivaut à un véritable balcon. Rennes, 2 avril 1895, D., 95. 2. 512. — Une terrasse artificielle composée seulement de terres rapportées tomberait aussi sous le coup de nos articles ; c'est un ouvrage semblable à un balcon, édifié pour procurer des vues ; mais il n'en serait plus de même d'une terrasse naturelle, résultant d'une différence de niveau entre les deux héritages, lorsque le propriétaire de la terrasse n'a pas modifié la situation naturelle de façon à augmenter l'incommodité qui en résulte pour le voisin.— Orléans, 19 janvier 1849, S., 49. 1. 182, D., 50, 2. 7. — Paris, 7 juin 1894, *Gaz. Pal*, 94. 2. 537.

(3) Cass., 13 janv. 1879, S., 79. 1. 264, D., 79. 1. 118. — Il y aura souvent, du reste, une question de fait à résoudre et, suivant les circonstances, un hangar pourrait être disposé de façon à constituer une vue. — Trib. Troyes, 19 fév. 1881, S., 81. 2. 72.

(4) Mais la question est plus délicate lorsque ces ouvertures donnent sur le toit du voisin ou sur un mur plein. — Cpr. *infra*, n. 1036.

(5) Cass., 25 mars 1902, D., 02. 1. 266, S., 02. 4. 232 ; 28 juin 1865, S., 65. 1. 339, D., 66. 1. 153. Caen, 2 mars 1853, S., 58. 2. 180. — Montpellier, 14 nov. 1856, S., 57. 2. 81. — Agen, 23 juin 1864, S., 64. 2. 163 ; 21 juin 1867, S., 68. 2. 180. — Bordeaux, 21 décembre 1863 et 16 juin 1864, S., 64. 2. 163 ; 13 déc. 1894, D., 95. 2. 216. — Rennes, 3 mars 1879, S., 81. 2. 136. — Aubry et Rau, II, § 196, p. 208 ; Demolombe, XII, n. 551 *bis* ; Laurent, VIII, n. 42. — *Contra* Caen, 27 avril 1857, S., 58. 2. 177. — Bordeaux, 23 juin 1869, S., 70. 1. 46, D., 74. 5. 454.

Pour les vues obliques, on reconnaît qu'il n'est pas possible de calculer la distance comme l'indique notre article, car il conduirait à dire qu'on ne peut avoir aucune vue oblique dans un mur touchant l'héritage d'autrui par une de ses extrémités. On est d'accord pour décider que la distance doit être calculée à partir de la ligne de la fenêtre ou du balcon, la plus rapprochée du fonds voisin.

Le calcul des distances pour les vues droites ou obliques n'est pas modifié lorsque sur la propriété voisine se trouvent des balcons, terrasses ou autres saillies ; la distance se compte toujours, abstraction faite de ces saillies, jusqu'à la limite sur le sol de l'héritage voisin.

La loi ne distinguant pas, la distance à observer pour les vues doit être calculée de la même manière à la ville et à la campagne (1).

Il n'y a pas non plus à distinguer, aux termes mêmes de l'art. 678, suivant que l'héritage voisin est clos ou non ; la règle est encore la même dans les localités où la clôture est forcée et dans celle où elle ne l'est pas ; enfin, peu importe que les vues soient ouvertes dans le mur d'une maison ou dans un mur de clôture (2), qu'elles dépendent d'un fonds clos ou non, servant ou ne servant pas à l'habitation, et qu'elles regardent une propriété habitée ou non habitée.

§ II. *Observation commune aux jours et aux vues.*

1033. Les jours et les vues, établis conformément aux prescriptions légales contenues dans les art. 675 à 680, sont désignés sous le nom de jours ou vues *de droit* (on disait autrefois *de coutume*) : c'est la loi qui donne le droit de les pratiquer et de les conserver.

Quel est le caractère exact des dispositions du code sur les jours et les vues? Avec l'idée romaine du pouvoir absolu,

(1) On avait proposé, lors de la rédaction du code, de maintenir la distinction qui, dans certaines coutumes, existait entre les villes et les campagnes ; cette proposition fut écartée. — V. *Exposé des motifs*, dans Locré, *Lég. civ.*, VIII, p. 374.

(2) Aubry et Rau, II, § 196, p. 204, texte et note 9 ; Demolombe, XII, n. 562. — *Contra* Laurent, VIII, n. 42 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 319. — Cpr. *infra*, n. 1036.

inhérent au droit de propriété, on a pu soutenir que toute disposition restrictive, prohibant les ouvertures pratiquées en dehors des conditions légales était une véritable servitude imposée au bâtiment, au profit de l'héritage voisin. Cette solution conduit à une conséquence que nous aurons bientôt à combattre (1). Il vaut mieux voir dans ces règles une restriction générale à l'exercice du droit de propriété dont la loi limite l'absolutisme dans l'intérêt réciproque des voisins; la même pensée, différente de l'esprit du droit romain, avait guidé nos anciennes coutumes avant d'inspirer les rédacteurs du code.

Les vues et les jours, qui sont établis contrairement aux prescriptions de la loi, portent le nom de jours ou vues *de servitude*, parce que le voisin ne peut être obligé de les souffrir qu'à titre de servitude, ce qui suppose qu'un droit de servitude a été acquis contre lui. Ainsi mon voisin établit dans son mur contigu à mon héritage des jours qui ne sont pas placés à la hauteur légale ou des fenêtres d'aspect. Je puis faire boucher ces jours ou ces fenêtres, à moins que mon fonds ne soit tenu, *jure servitutis*, de les subir. Comment la servitude de jour ou de vue peut-elle être établie? Par titre, par prescription ou par la destination du père de famille: car elle est continue et apparente (arg. art. 690 et 692).

Il appartient aux tribunaux d'appliquer et d'interpréter l'acte constitutif de la servitude pour en déterminer l'étendue et les effets (2), car la servitude de vue peut présenter trois degrés différents ou, si l'on veut, il y a trois sortes de servitudes de vue: 1° la servitude de jour, qui comporte seulement le droit de recevoir la lumière extérieure pour éclairer un appartement, et s'exerce d'ordinaire par de simples ouvertures pratiquées à une grande hauteur, sans appuis, ni accoudoirs, ni volets; 2° la servitude de vue proprement dite, qui permet en outre de regarder au dehors et s'exerce par des fenêtres avec appuis ou balcons; 3° la servitude de *prospect*, qui permet d'étendre la vue au loin et entraîne, pour le pro-

(1) V. *infra*, n. 1035.

(2) Cass., 31 mai 1880, S., 81. 1. 199, D., 81. 1. 14; 12 mai 1886, D., 86. 1. 452; 18 janv. 1892, D., 92. 1. 128; 11 juill. 1894, D., 95. 1. 127.

priétaire du fonds voisin, défense de bâtir dans le rayon de la vue.

1034. En ce qui concerne la prescription, nous ferons remarquer qu'ici comme ailleurs elle suppose un empiétement sur le droit d'autrui, une usurpation. Cette usurpation existe certainement lorsque des vues ont été établies dans un mur non situé à la distance légale par rapport à l'héritage voisin.

Les tribunaux apprécient également si, de certains ouvrages, résulte une vue prohibée, dont le maintien puisse permettre d'acquérir une servitude par prescription (1).

L'usurpation existe aussi lorsque le propriétaire d'un mur touchant l'héritage d'autrui y établit des jours qui ne sont pas percés à la hauteur légale. Mais peut-être y aurait-il exagération à la voir dans ce simple fait que des jours, satisfaisant d'ailleurs à toutes les autres conditions légales, auraient été garnis d'un treillis de fer dont les mailles dépassent la dimension déterminée par l'art. 676 al. 2. C'est par *simple tolérance* que le voisin n'a pas réclamé contre ce léger empiétement, qui ne peut, en conséquence, fonder contre lui ni possession ni prescription. Arg. art. 2232.

D'une façon générale, les tribunaux apprécient, suivant les circonstances, si une ouverture, bien que non conforme aux conditions prévues par les art. 676 et 677, n'est pas un jour de « souffrance », dont la possession même immémoriale est insuffisante pour conduire à la prescription, ou si, au contraire, elle comporte un empiétement assez marqué pour faire acquérir, au bout de trente ans, une servitude de jour ou de vue ; c'est une question de fait que celle de savoir si l'on est ou non dans l'hypothèse de l'art. 2232 (2).

(1) Cpr. à propos du palier d'un escalier extérieur deux décisions différentes. — Cass., 29 avril 1872, S., 73. 1. 308. — Nîmes, 23 juillet 1862, S., 62. 2. 450. — Cpr. aussi Cass., 13 janv. 1879, D., 79. 1. 118. — Orléans, 6 janv. 1892, D., 93. 2. 132. — Nancy, 25 nov. 1891, D., 92. 2. 317.

(2) Cass., 20 janv. 1904, D., 04. 1. 313; 24 janv. 1893, D., 93. 1. 166; 21 février 1843, S., 43. 1. 519, D., 43. 1. 199; 24 décembre 1838, S., 39. 1. 56, D., 39. 1. 37; 18 juillet 1859, S., 60. 1. 271, D., 59. 1. 400; 2 février 1863, S., 63. 1. 92. — Paris, 5 juin 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 2. 192. — Colmar, 2 mai 1855, D., 56. 2. 9. — Orléans, 29 juillet 1865, sous Cass, 6 février 1867, S., 67. 1. 109. — Pau, 20 novembre 1865,

1035. Reste à savoir quel droit confère la prescription une fois accomplie. En ce qui concerne les jours de tolérance établis contrairement aux prescriptions légales, la prescription donne le droit de les conserver; le voisin ne pourra pas les obstruer en construisant ou en plantant. Quant aux vues, il y a quelques difficultés. Nous pensons que celui qui les a acquises par la prescription a les mêmes droits que si la servitude de vue lui avait été conférée par un titre ne s'expliquant pas sur l'étendue du droit. Dans un cas comme dans l'autre, le voisin ne pourra construire ni planter qu'à une distance de dix-neuf ou de six décimètres, suivant qu'il s'agira d'une vue droite ou oblique, cet espace étant considéré comme suffisant pour l'exercice du droit de vue (arg. art. 678 et 679). La jurisprudence française incline dans ce sens (1).

L'opinion contraire s'appuie surtout sur cette idée que les dispositions des art. 678 s. créent une servitude sur le fonds bâti, qui s'éteint par le non-usage à partir du jour où il a été fait un acte contraire à l'exercice de la servitude, c'est-à-dire à partir du moment où l'ouverture a été pratiquée malgré les prohibitions de la loi; mais, si le propriétaire du fonds bâti a usucapé ainsi la liberté de son héritage, il n'a pas acquis de droit sur le fonds voisin, dont le propriétaire conserve toute faculté de bâtir comme il lui plaît (2). L'idée fondamentale de cette doctrine a déjà été repoussée (3). Du reste, l'ouverture

S., 66. 2. 284, D., 66. 2. 233. — Bordeaux, 2 avril 1878, S., 78. 2. 230; Aubry et Rau, II, § 196, p. 205 et 206. — Cpr. Cass., 25 janv. 1869, S., 69. 1. 156, D., 70. 1. 72. — Grenoble, 16 décembre 1871, S., 72. 2. 20. Par suite celui qui laisse son voisin ouvrir des jours non conformes à l'art. 676 fera bien d'exiger de sa part la reconnaissance formelle qu'ils ne sont établis qu'à titre de tolérance.

(1) Cass., 16 décembre 1888, S., 89. 1. 156; 28 décembre 1863, S., 64. 1. 123 et nombreux arrêts antérieurs de cassation ou de cour d'appel cités dans le code civil annoté de Fuzier-Herman, sur l'art. 678, n. 50 à 57. — V. aussi Cour sup. Luxembourg, 23 juin 1893, S., 95. 4. 6. — *Sic* Aubry et Rau, II, § 196, p. 210 et 211, texte et note 36; Demolombe, XII, n. 580 s.; Demante, II, n. 525 *bis*, II; Duranton, V, n. 326 et 327; Marcadé, II, sur l'art. 678, n. 3.

(2) Cass. belge, 14 février 1884, S., 89. 4. 29; 28 déc. 1893, S., 94. 4. 28. — V. aussi ancienne jurisprudence française, Cass., 10 janvier 1810. — Montpellier, 30 déc. 1825. — Nimes, 21 déc. 1826. — Pau, 12 avril 1826, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 780. — Bastia, 19 oct. 1834, S., 35. 2. 301. — *Sic* Merlin, *Quest.*, v° *Servitude*, § 3; Toullier, III, n. 534 et 536; Pardessus, II, n. 312.

(3) V. *supra*, n. 1033.

d'une fenêtre, en dehors des conditions légales, est un empiètement certain sur le droit du voisin; ce fait dénote bien clairement la volonté d'*acquérir* une vue sur l'héritage d'autrui. Dès lors rien de plus facile que de préciser les conséquences de la servitude acquise : il faut, avant tout, écarter une opinion qui permettrait au propriétaire du fonds grevé de la servitude acquise par prescription, de bâtir à une distance inférieure à celles indiquées dans les art. 678 et 679, pourvu que la construction laissât au voisin assez de lumière et une vue suffisante ; il n'existe, dit-on, aucune prescription spéciale à cet égard ; l'art. 678 n'a pas pour objet de régler ce point, et il ne reste, par suite, que la disposition générale de l'art. 701, § 1, dont l'application est une simple question de fait (1). Ce raisonnement n'est pas exact ; sans doute, l'objet direct de l'art. 678 est bien de prescrire la distance qui doit exister entre la fenêtre et l'héritage voisin, mais, implicitement, ce texte contient aussi la détermination de l'espace *minimum* nécessaire à l'exercice d'une servitude de vue. Qu'arrive-t-il, en effet, lorsqu'un propriétaire a, contrairement aux défenses légales, pratiqué une vue à la limite de l'héritage voisin ? Quelle est l'atteinte portée au droit d'autrui ? L'empiètement s'exerce, à titre de servitude de vue, sur un espace de dix-neuf ou de six décimètres, puisque le voisin pourrait exiger le recul des fenêtres à cette distance de son fonds ; la fenêtre ouverte sur l'héritage voisin empiète sur lui et le grève dans la mesure même où les prescriptions des art. 678 et 679 sont violées ; la largeur de la bande de terrain soumise à la servitude de vue est au moins égale à la différence qui existe entre la distance légale et la distance réelle des fenêtres par rapport à l'héritage voisin, ou, si l'on veut, à l'espace dont on devrait reculer les fenêtres sur la demande du voisin (2). Elle pourrait même être supérieure, si l'on parvenait à établir des faits de possession bien caractérisés, en faveur non d'une servitude de vue, mais d'une servitude de prospect, preuve assez difficile à fournir en

(1) Laurent, VIII, n. 66.

(2) Il serait donc inexact de prétendre que la servitude s'étend sur un espace double et que le voisin ne peut construire qu'à une distance de douze ou de quatre pieds. — *Sic* Demolombe, XII, n. 581.

pratique, à moins, peut-être, de supposer la construction spéciale d'un belvédère élevé, dont l'utilité ne se justifierait que par l'étendue de l'horizon découvert.

Conformément à la maxime *tantum præscriptum quantum possessum,* le titulaire de la servitude de vue conserve les ouvertures pratiquées depuis plus de trente ans, mais il n'en peut ajouter de nouvelles (1); il a toutefois la liberté d'agrandir celles qui existent, puisque la dimension des fenêtres n'est l'objet d'aucune restriction, sauf, pour les vues obliques, à ne pas rapprocher davantage du voisin le jambage à partir duquel se compte la distance (2).

Par application de l'art. 704, si la maison est démolie, puis rebâtie, la servitude renaît avec la construction nouvelle, pourvu qu'elle s'exerce dans les mêmes conditions (3); si, à cet égard, des difficultés s'élèvent, on pourra recourir à la preuve testimoniale pour établir la façon dont les ouvertures étaient pratiquées dans l'ancienne maison (4).

§ III. *Examen de quelques cas particuliers.*

1036. I. Une première difficulté peut se présenter, lorsque, sur la ligne séparative de deux héritages, se trouve un mur ou un fossé mitoyen. En pareil cas, on décide que la distance se comptera à partir du milieu du mur ou du fossé.

Cette solution, qui semble toute naturelle, soulève pourtant une critique assez embarrassante; le mur mitoyen étant indivis, on ne peut arbitrairement le partager par moitié; chacun des communistes, exerçant son droit sur toutes les parties du mur, devrait observer la distance légale comptée à partir du parement le plus voisin de sa propriété. L'opinion généralement admise, par un motif d'équité et dans l'intérêt réciproque des copropriétaires, s'appuie encore sur cette remarque décisive : la ligne qui, sur le sol, sépare les deux héri-

(1) Cass., 1er juillet 1861, S., 62. 1. 81, D., 62. 1. 138.

(2) Laurent, VIII, n. 63, prohibe également l'ouverture de nouvelles fenêtres et l'agrandissement des anciennes.

(3) Dijon, 26 mai 1812, D. *Rép.*, v° *Servitude,* n. 754; Demolombe, XII, n. 582; Laurent, VIII, n. 64. — Cass., 17 nov. 1902, D., 03. 1. 88, S., 03. 1. 232.

(4) Caen, 16 déc. 1848, D., 50. 2. 168.

tages, passe par le milieu du mur et c'est à partir de cette ligne qu'il faudrait compter, si le mur venait à être démoli (1).

1037. II. Deux héritages sont séparés par un mur non mitoyen. Le propriétaire du mur construit sur son terrain et ouvre des vues sur l'héritage voisin en observant la distance légale ; puis le voisin se fait céder la mitoyenneté du mur, ce qui a pour résultat de déplacer la ligne séparative, laquelle se trouve désormais au milieu du mur devenu mitoyen ; il arrive ainsi que les vues ne se trouvent plus à la distance légale. Le voisin pourra-t-il exiger qu'elles soient fermées? Non. En effet, la portion de terrain qui est cédée avec la mitoyenneté du mur se trouve grevée de la servitude de vue par la destination du père de famille (arg. art. 694).

La solution serait la même, si le voisin avait acquis par titre ou par prescription une partie du terrain entrant dans le calcul des distances légales ; cette bande de terrain se trouverait grevée de la servitude de vue, à moins d'une clause contraire dans le titre d'acquisition.

Et nous pensons même, contrairement au sentiment de Demante, que, si la maison vient à être démolie, elle pourra être reconstruite dans les mêmes conditions. Arg. art. 665.

Mais si, à l'inverse, les vues n'étaient pas à la distance légale, le propriétaire de la maison, en acquérant la mitoyenneté d'un mur ou une bande de terrain appartenant au fonds voisin, rentrerait dans les conditions des art. 678 et 679 et conserverait ses ouvertures.

1038. III. On pourrait ouvrir des vues à une distance moindre que la distance légale, s'il y avait entre elles et le fonds voisin un mur assez élevé pour empêcher de porter les regards sur ce fonds, ce mur fût-il d'ailleurs mitoyen ou la propriété exclusive de l'un des deux voisins (2). On dit, pour justifier cette solution, que le bâtiment n'a pas de vue sur la pro-

(1) Aubry et Rau, II, § 196, p. 207 ; Demolombe, XII, n. 557 ; Laurent, VIII, n. 58. — *Contra* Valette.

(2) Aubry et Rau, II, § 196, p. 210, texte et note 33 ; Demolombe, XII, n. 569 ; Pardessus, I, n. 204 ; Duranton, V, n. 409 et 410. — V. aussi dans le même sens Orléans, 27 mai 1858, S., 59. 2. 36. — Cpr. Cass., 24 déc. 1838. — Orléans, 29 juill. 1865. — Pau, 20 nov. 1865, précités.

priété du voisin, tout au moins de vue gênante, puisque le regard ne porte que sur la surface d'un mur, et, pour le même motif, on donne une solution identique lorsqu'il s'agit de lucarnes donnant sur le toit du voisin, ce toit n'ayant lui-même ni fenêtre, ni ouverture, ni tabatière (1); mais il n'en est plus de même lorsque les ouvertures permettent à la vue de s'étendre non seulement sur le mur ou le toit, mais sur d'autres parties de l'héritage voisin (2). Du reste, le propriétaire d'un fonds voisin conserve le droit de demander que les vues soient fermées, si le mur intermédiaire vient à être détruit. Il conserverait ce droit, même si les fenêtres étaient ouvertes depuis plus de trente ans. En effet, tant que le mur

(1) Cass., 7 novembre 1849, S., 50. 1. 18, D., 49. 1. 295; 2 février 1863, S., 63. 1. 92. — Aubry et Rau, II, § 196, p. 210, note 33; Demolombe, XII, n. 570; Marcadé, sur l'art. 679, n. 2.; Duranton, V, n. 409 et 410; Pardessus, I, n. 201. — On a cependant soutenu que les prescriptions de nos articles, absolues dans leurs formules, étaient contraires à de pareilles distinctions. Cette interprétation plus rigoureuse du texte a encore l'avantage de supprimer ce qu'il y aurait de trop arbitraire dans l'appréciation des juges; il peut paraître équitable de maintenir une fenêtre donnant sur un mur de clôture ou sur le toit voisin, parce que la vue n'est pas gênante; mais ne serait-il pas équitable aussi d'écarter les art. 678 s. toutes les fois que la vue ne cause aucune gêne sérieuse au voisin? On le voit, la jurisprudence se trouve sur un terrain glissant; aussi, dans le second système, on décide que les fenêtres donnant sur un mur plein doivent toujours répondre aux conditions des art. 678 s. (V. en ce sens Dijon, 26 mai 1842, *Journal du Palais*, 42. 2. 29; Lyon, 4 novembre 1864, S., 65. 2. 134, D., 66. 2. 17; Laurent, VIII, n. 44; Delvincourt, I, p. 566; Massé et Vergé sur Zachariæ, II, § 329, p. 135, note 10), et que, pour les ouvertures pratiquées dans les combles d'une maison et donnant sur le toit du voisin, il convient, au préalable, d'examiner en fait si ces ouvertures sont de simples jours pour amener la lumière, ou des fenêtres permettant de regarder et de voir, auquel cas elles seraient contraires aux prohibitions légales. *Sic* Laurent, *loc. cit.* — Bordeaux, 1er février 1839, D. *Rép.*, v° *Servitudes*, n. 417. — Metz, 13 avril 1853, D., 54. 5. 704. — Colmar, 2 mai 1855, D., 56. 2. 9. — Cpr. Cass., 2 février 1863, S., 63. 1. 92. — De l'avis de tous les auteurs, les fenêtres aspectées vers le ciel et ne pouvant permettre de voir dans aucune autre direction, ne tombent pas sous les prescriptions des art. 678 s.; elles ne fournissent pas de vue sur la propriété du voisin.

(2) Toulouse, 22 mai 1863, S., 63. 2. 198, D., 63. 2. 75. — Orléans, 29 juillet 1865 sous Cass., 6 février 1867, S., 67. 1. 109, D., 67. 1. 257. — Pau, 20 novembre 1865, S., 66. 2. 284. — Bordeaux, 7 mars 1873, S., 74. 2. 175, D., 74. 2. 76. Agen, 25 juin 1874, S., 75. 2. 70. — L'opinion qui admet le maintien des ouvertures donnant sur un mur plein ou sur le toit du voisin en conclut très logiquement que ces ouvertures ne sauraient être utiles pour l'acquisition d'une servitude de vue par prescription. — Cpr. les arrêts cités *supra* et ceux cités antérieurement, p. 742, note 1.

intermédiaire a existé, le propriétaire des fenêtres n'a pas possédé de vue sur l'héritage du voisin; or, pour prescrire, il faut posséder, faire acte d'empiétement sur le bien d'autrui.

1039. IV. La loi ne distinguant pas, il faut décider, avec la majorité des auteurs (1), que les distances légales devraient être observées, non seulement pour les vues établies dans le mur d'une maison, mais aussi pour celles pratiquées dans un simple mur de clôture, bien que ces dernières soient moins gênantes pour le voisin. Ce qui toutefois ne devrait pas être étendu aux simples solutions de continuité, que présente le mur dans une partie de son étendue, fussent-elles à claire-voie ou à grille (2).

1040. V. Si mon héritage est séparé du vôtre par un fonds intermédiaire ayant moins de six pieds de largeur, sur lequel j'ai le droit de vue, je n'en devrai pas moins, pour construire, observer la distance légale par rapport à vous. On admet cependant, en doctrine et en jurisprudence, une exception à cette règle pour le cas où le fonds intermédiaire est une rue ayant moins de six pieds de largeur. Telle est la tradition. D'autre part c'est une des destinations de la rue d'être bordée de maisons, et l'intérêt général exige que ces maisons aient des fenêtres en façade. Autrement quel coup d'œil la rue offrirait-elle, et bien plus quelle sécurité aux passants? Enfin, le droit de construire est réciproque pour les voisins de face, qui gagnent ainsi plus qu'ils ne perdent (3).

(1) Aubry et Rau, II, § 196, p. 204, texte et note 9; Demolombe, XII, n. 562. — *Contra :* Laurent, VIII, n. 42; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 319.

(2) Cass., 3 août 1836, S., 36. 1. 744; D. *Rép.*, v° *Servitude,* n. 558; Aubry et Rau, II, § 196, p. 208; Demolombe, XII, n. 561; Laurent, VIII, n. 43. — Il en serait différemment des interstices laissés dans le mur d'un bâtiment ou dans une cloison, de façon à obtenir des vues sur le voisin. — Angers, 9 février 1849, S., 49. 2. 277, D., 49. 2. 250.

(3) Cass., 1er mars 1848, S., 48. 1. 622, D., 48. 1. 157; 27 août 1849, S., 49. 1. 609, D., 49. 1. 227; 1er juillet 1861, S., 62. 1. 81, D., 61. 1. 138. — Rouen, 9 déc. 1878, S., 79. 2. 147. — Aubry et Rau, II, § 196, p. 208; Demolombe, XII, n. 566; Laurent, VIII, n. 47. — En conséquence, les ouvertures ainsi pratiquées ne sauraient servir à l'acquisition par prescription d'une servitude de vue sur le fonds situé de l'autre côté de la voie publique. — Cass., 18 janvier 1859, S., 59. 1. 162, D., 59. 1. 65.

Des considérations de même nature ont fait admettre que les balcons de toute maison bordant une voie publique peuvent être établis, avec une autorisation administrative, à une distance moindre de dix-neuf centimètres et prolongés jusqu'à l'extrémité de la façade de la maison, sans que les voisins de droite ni de gauche puissent se plaindre de ce que le balcon procure sur leur propriété une vue oblique pour laquelle la distance légale n'est pas observée (1).

Il en est de même des vues obliques qui, à raison du croisement ou du détour des rues, existent à moins de six décimètres de l'héritage voisin. Sans doute, les vues obliques répondent moins à la destination de la rue que les vues droites, mais elles sont encore conformes à cette destination; d'ailleurs la tradition est en ce sens et rien n'indique que les rédacteurs du code aient voulu rompre avec elle (2).

D'une façon générale, il est permis d'ouvrir des vues sur les dépendances du domaine public (3), mais les prohibitions subsistent à l'égard du domaine privé de l'Etat, des départements ou des communes (4).

1041. VI. Que décider, enfin, si, entre deux héritages, existe un terrain commun à leurs propriétaires? Si le fonds commun n'est pas soumis à une indivision forcée, chacun des copropriétaires ne pourra, à moins de réclamer le partage, maintenir d'ouvertures qu'aux distances légales, comptées à partir de la limite du fonds commun la plus voisine de son héritage, et non à partir de la ligne médiane du terrain indivis; sinon il y aurait empiétement sur le droit d'autrui, sur la copropriété du voisin qui, par l'effet ultérieur du partage, deviendra peut-être propriétaire exclusif de la partie qui joint

(1) Cass., 27 août 1849, précité. — Cpr. Aubry et Rau, II, § 196, p. 209, texte et note 32; Demolombe, XII, n. 567. — Cpr. Laurent, VIII, n. 49. — *Contra* Dijon, 7 mai 1847, S., 47. 2. 698; Duranton, V, n. 412; Pardessus, I, n. 207; Toullier, III, n. 520.

(2) Cass., 1er juillet 1861, précité; 23 oct. 1891, D., 92. 1. 285. — Dijon, 13 mars 1840, S., 41. 2. 605. — Aubry et Rau, II, § 196, p. 208, texte et note 31 ; Demolombe, XII, n. 566; Laurent, VIII, n. 48.

(3) Cass., 18 janv. 1859, précité. — Laurent, VIII, n. 50. — Cela ne fait aucun doute, lorsqu'il s'agit d'ouvrir des vues sur la voie publique. Grenoble, 26 déc. 1902, *Rec. Grenoble*, 1902, 262.

(4) Cass., 8 mai 1867, S., 67. 1. 337, D., 67. 1. 223.

l héritage bâti (1). Mais si le fonds est soumis à une indivision forcée et si, affecté à l'usage commun des deux héritages, il est destiné précisément à supporter des jours et des vues, il n'est plus besoin d'observer les prescriptions des art. 678 s. : on pourra maintenir des vues droites, quand bien même le fonds indivis aurait moins de dix-neuf décimètres de largeur. En pareil cas, en effet, l'ouverture de fenêtres, conforme à la volonté des copropriétaires, à la destination de la chose commune et, pour ainsi dire, fondée en titre, apparaît comme l'exercice normal du droit de copropriété (2).

(1) Demolombe, XII, n. 565.

(2) La jurisprudence avait d'abord consacré un premier système, d'après lequel on devait observer la distance légale entre les fenêtres et le milieu de la cour ou de la ruelle commune. — Cass., 5 mai 1831, S., 33. 1. 836; Pardessus, I, n. 204 *in fine*. — Mais cette opinion est depuis longtemps abandonnée par la jurisprudence. — Cass., 31 mars 1851, S., 51. 1. 404; 19 juin 1876, S., 77. 1. 267. Il faut, avant tout, rechercher la destination du terrain commun et voir s'il a seulement pour but de servir à l'écoulement des eaux et de procurer un passage. — (Cass., 4 fév. 1889, S., 91. 1. 161 et note de M. Lacoste, D., 79. 1. 248) ou s'il a en outre pour but de fournir l'air et la lumière aux bâtiments voisins. Dans cette dernière hypothèse, la jurisprudence admet que des vues peuvent être ouvertes au bord même du passage, pourvu que la ruelle ait, en son entier, au moins dix-neuf décimètres de largeur. Cass., 25 juin 1895, S., 95. 1. 347. — Montpellier, 14 nov. 1856, S., 57. 2. 81. — Agen, 21 juin 1867, S., 68. 2. 180. — Lyon, 5 nov. 1885 et Bordeaux, 16 mars 1886, S., 86. 2. 190. Il y aurait ainsi, d'après la jurisprudence, une différence entre les cours et ruelles, propriétés privées, et les chemins publics sur lesquels des vues droites peuvent être ouvertes, quelle que soit leur largeur. — Mais il semble préférable d'adopter dans tous les cas la même solution; Aubry et Rau, II, § 221 *ter*, p. 415 et 416, texte et notes 14 et 15; Demolombe, XII, n. 365; Laurent, VII, n. 46. — Quant au point de savoir dans quels cas les cours et ruelles privées ont pour destination de fournir l'air et la lumière, un désaccord existe; dans une première opinion, les ruelles, à la différence des cours, lorsqu'elles ont moins de dix-neuf décimètres de largeur ne seraient pas destinées, en principe, à moins d'indications contraires fournies par l'état des lieux, à procurer l'air et la lumière, Aubry et Rau, *loc. cit.*; Lacoste, note sous Cass., 4 fév. 1889, précité; cette solution conduit à des résultats très voisins de ceux consacrés par la jurisprudence; Demolombe, au contraire, soutient que la destination normale des ruelles est de fournir la lumière aussi bien que le passage. Suivant nous, il n'y a point de solution de principe à donner; c'est une question de fait. — La cour de cassation a fait application des principes reçus en jurisprudence aux chemins et sentiers d'exploitation; il n'y a pas à se préoccuper, malgré les termes de l'art. 33 de la loi du 20 août 1881, de la ligne médiane du chemin, mais seulement de sa largeur totale. Cass., 25 juin 1895, précité.

SECTION V

DE L'ÉGOUT DES TOITS

1042. Aux termes de l'art. 681 : « *Tout propriétaire doit* » *établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent* » *sur son terrain ou sur la voie publique ; il ne peut les faire* » *verser sur le fonds de son voisin* ».

Cette disposition est un corollaire de la règle qui défend au propriétaire, dans l'exercice normal de son droit, d'empiéter sur l'héritage voisin ; faire avancer son toit ou ses gouttières au-dessus de la propriété voisine constitue un empiétement sur le droit d'autrui. Ainsi, tout d'abord, les gouttières et le toit doivent être établis de façon à ne pas surplomber l'héritage contigu ; en outre il faut aménager l'écoulement des eaux de façon à ne pas les déverser directement sur le fonds du voisin, contrairement à la règle de l'art. 640 C. civ. Ce texte, en effet, permet seulement d'envoyer sur l'héritage inférieur les eaux de source ou de pluie, à la condition qu'elles s'écoulent suivant la pente naturelle du terrain ; mais il n'est pas permis de déverser sur la propriété voisine les eaux ménagères ou industrielles, ni de modifier, par un changement apporté dans le nivellement du terrain, l'écoulement des eaux pluviales ; pour la même raison, l'eau qui provient de l'égout des toits ne peut, en principe, tomber sur l'héritage voisin, car il n'y aurait plus écoulement naturel. Le propriétaire doit donc diriger ses gouttières sur la voie publique (1), soit sur son propre terrain, s'il n'a pris soin de laisser entre son mur et le fonds voisin un espace suffisant pour recevoir les eaux tombant du toit (2). Mais il peut les

(1) Le propriétaire de la maison est libre de faire écouler les eaux sur la voie publique puisque telle est sa destination ; cette faculté, qui n'est limitée que par les règlements de police, s'étend aussi bien aux eaux ménagères qu'aux eaux pluviales provenant des toits. — Cass., 22 mars 1876, S., 76. 1. 445.

(2) Aucune règle ne détermine la largeur de cet espace ; l'usage l'avait autrefois fixée, dans le nord, au double de la saillie du toit, et, dans le midi, à trois pieds. Si le terrain contigu à la maison appartient en commun au propriétaire de cette maison et à un voisin, il convient de suivre des solutions analogues à celles indiquées à propos des vues ; les tribunaux apprécieront, d'après l'intention des parties et l'état des lieux, si le terrain commun a pour destination de recevoir les eaux

lui transmettre, après les avoir reçues sur son propre fonds, si la pente naturelle du terrain les y conduit. A la condition toutefois qu'elles ne causent pas plus de préjudice au voisin que les eaux qui découleraient naturellement du terrain supérieur, s'il était nu de constructions (arg. art. 640 *in fine*) (1).

Le propriétaire de la maison doit éviter, en outre, de causer un préjudice au voisin par des infiltrations dommageables, soit en retenant les eaux de pluie, soit en les faisant tomber à une trop faible distance du mur d'autrui (2).

1043. On peut acquérir, à titre de servitude, le droit de déverser sur le fonds voisin les eaux provenant de l'égout des toits (3) et, comme il s'agit d'une servitude continue et apparente, elle est susceptible de s'établir par titre, par destination du père de famille ou par prescription. Ainsi, la bande de terrain qui reçoit l'égout du toit appartient tantôt au propriétaire de la maison, tantôt au voisin sous la charge d'une servitude au profit de la maison. A défaut d'un titre qui précise ce point, des difficultés s'élèvent souvent en pratique; les tribunaux les tranchent conformément aux règles admises par la jurisprudence sur la preuve du droit de propriété. Ils admettent d'ordinaire une présomption de fait favorable au maître de la maison et lui attribuent, sauf preuve contraire, la propriété de la bande de terrain que couvre la saillie du toit, et sur laquelle se déversent les eaux pluviales (4).

pluviales tombées des toits. — Cass., 7 avril 1875, S., 75. 1. 299, D., 75. 1. 381; 19 juin 1876, S., 77. 1. 267. — Cpr. Bordeaux, 20 juill. 1858, S., 59. 3. 350, D., 59. 2. 184.

(1) Bordeaux, 10 juillet 1888, S., 90. 2. 205.

(2) Le propriétaire devra prendre les mesures nécessaires, établir, par exemple, une rigole pavée pour supprimer les infiltrations et écarter tout préjudice. — Cass., 13 mars 1827, S. chr., D. *Rép.*, v° *Propriété*, n. 165.

(3) C'est là une servitude à la charge du voisin; mais ce dernier pourrait, comme servitude active au profit de son héritage, acquérir le droit de recevoir les eaux pluviales de la maison : c'est la servitude *stillicidii non avertendi*.

(4) Cass., 28 juillet 1851, S., 51. 1. 600, D., 51. 1. 184; 28 fév. 1872, S., 72. 1. 240, D., 72. 1. 144. — Limoges, 26 déc. 1839, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 795. — Paris, 24 août 1864, S., 64. 2. 2. 301. — Caen, 28 mai 1867, S., 69. 2. 23. — Orléans, 4 nov. 1886, S., 87. 2. 31. — Trib. Toulouse, 14 juin 1883, D., 85. 5. 429. — Aubry et Rau, II, § 192, p. 185; Demolombe, XII, n. 592 s. — *Contra* Laurent, VIII, n. 72. — Cpr. Bordeaux, 20 nov. et 14 déc. 1833, S., 34. 2. 429, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 792. — Amiens, 20 février 1840, S., 41. 1. 601 à la note.

SECTION VI

DU DROIT DE PASSAGE

1044. Il s'agit du droit de passage en cas d'*enclave*. La loi permet au propriétaire d'un fonds *enclavé*, c'est-à-dire sans issue pour arriver à la voie publique, de forcer les propriétaires voisins à lui fournir, moyennant indemnité, le passage nécessaire à l'exploitation de son fonds. L'intérêt général, qui exige que toutes les propriétés foncières puissent être exploitées, justifie cette atteinte au droit de propriété (1).

La loi permet l'établissement d'une servitude, mais elle n'autorise pas une expropriation véritable. Tenu de supporter une servitude, le propriétaire du fonds enclavant conserve la propriété de son fonds; mais cette propriété peut, malgré sa volonté, être grevée d'une servitude de passage au profit du fonds enclavé (2).

Les art. 682 à 685, relatifs à notre matière, ont été profondément modifiés par la loi du 20 août 1881, dont nous avons déjà eu à nous occuper plus haut (3).

ART. 682. *Le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une issue insuffisante pour l'exploitation, soit agricole, soit industrielle de sa propriété, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner.*

ART. 683. *Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique.*

Néanmoins il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé.

ART. 684. *Si l'enclave résulte de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage, ou de tout autre*

(1) On avait déjà indiqué, dans l'ancien droit, la même justification : « Il est du droit naturel qu'un héritage ne demeure pas inutile », disait Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XV, sect. I, n. 10, et Bourjon : « Le bien public, qui est la loi suprême, rend telle vente forcée », *Droit commun de la France*, tit. II, liv. IV, tome I, part. II, chap. I, n. 1. — Cpr. 1. 12, pr. Dig., *De religiosis et sumptibus funerum*.

(2) Demolombe, XII, n. 636 s.; Laurent, VIII, n. 73.

(3) V. *supra*, n. 928.

contrat, le passage ne peut être demandé que sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes.

Toutefois, dans le cas où un passage suffisant ne pourrait être établi sur les fonds divisés, l'art. 682 serait applicable.

ART. 685. *L'assiette et le mode de la servitude de passage pour cause d'enclave sont déterminés par trente ans d'usage continu.*

L'action en indemnité dans le cas prévu par l'art. 682 est prescriptible, et le passage doit être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable (1).

§ I. *Conditions requises pour que le passage soit dû.*

1045. Le droit de passage n'existe qu'au profit des fonds enclavés. Le nouvel art. 682, tranchant, conformément aux indications de la jurisprudence, le doute qu'avait fait naître à ce sujet la rédaction de l'ancien, décide qu'il y a lieu de considérer comme enclavés, non seulement les fonds qui n'ont aucune issue sur la voie publique, mais aussi ceux qui n'ont qu'une issue insuffisante pour leur exploitation : ce qu'il appartient au juge du fait d'apprécier souverainement (2). Tel serait le cas où un fonds, que le propriétaire veut vouer à la culture des céréales, ne communiquerait avec la voie publique que par un sentier praticable pour les piétons seulement ou par un chemin traversant le lit d'un ruisseau profondément encaissé en certains endroits et pouvant d'ailleurs être rendu

(1) Les anciens textes étaient ainsi conçus :

ART. 682. *Le propriétaire dont les fonds sont enclavés, et qui n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner.*

ART. 683. *Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court, du fonds enclavé à la voie publique.*

ART. 684. *Néanmoins il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé.*

ART. 685. *L'action en indemnité, dans le cas prévu par l'art. 682 est prescriptible; et le passage doit être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable.*

(2) Cass., 17 janv. 1882, D., 82. 1. 416, S., 82. 1. 206, et 31 mars 1885, S., 85. 1. 445, D., 85. 1, 187; 10 janv. 1893, *Pand. fr.*, 94. 1. 344; 24 fév. 1904, *Mon. Midi*, 27 mars 1904.

complètement impraticable par l'effet des pluies d'orage (1) ; il en serait de même si le terrain, quoique joignant la voie publique, n'y pouvait accéder sans exposer les attelages à des dangers incompatibles avec la bonne exploitation, ou sans que l'on ait recours à des dépenses excessives (2). Les rivières, qui offrent des difficultés à la navigation (3), et sur lesquelles ne pourraient être établis des bacs ou bateaux d'un usage pratique (4), ne sauraient être considérées comme fournissant une issue sur la voie publique. Les chemins de halage ne sont pas assimilables à une voie publique, et le fonds qui n'aurait d'issue que sur un pareil chemin devrait être considéré comme enclavé (5) ; en effet le chemin de halage ne sert qu'aux besoins de la navigation. Au surplus, sous l'empire de la loi nouvelle comme de l'ancienne (6), on ne devrait pas considérer comme enclavé *hoc sensu* le fonds qui a une issue suffisante pour son exploitation, mais incommode (7), ni le fonds auquel il est possible de procurer une issue en faisant des travaux qui ne sont pas en disproportion avec le résultat à obtenir, par exemple en jetant un pont sur un petit cours d'eau (8) ou en remédiant au mauvais état d'un chemin impraticable dans

(1) Cass., 17 janv. 1882, précité ; Bastia, 2 août 1854, S., 54. 2. 573, D., 56. 2. 281. — Cpr. aussi Cass., 30 janv. 1884, D., 84. 1. 364 ; 14 mai 1879, D., 79. 1. 459.

(2) Cass. belge, 26 octobre 1882, S., 83. 4. 27, D., 83. 2. 103. Une île peut être considérée comme enclavée, lorsque la grève qui la sépare de la terre est la plupart du temps impraticable ; et un chemin communal situé dans l'île n'ayant d'autre issue que le pont d'un particulier devrait être considéré comme fonds dominant par rapport à ce pont ; la commune aurait donc le droit d'invoquer l'art. 682 pour assurer sur le chemin et sur le pont la libre circulation de tous les habitants de l'île. — Cass., 11 avril 1881, S., 83. 1. 222, D., 83. 1. 17. — D'une manière générale il importe peu que le fonds enclavé soit une propriété privée ou une propriété communale. — Paris, 14 mars 1831, S., 31. 2. 244, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 234.

(3) Cass., 31 juill. 1844, S., 44. 1. 846, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 821. — Angers, 14 janv. 1847, S., 47. 2. 250, D., 47. 2. 47.

(4) Cpr. Paris, 17 juin 1873, S., 74. 2. 119, D., 73. 2. 197.

(5) Toulouse, 19 janv. 1825, S. chr. — Bordeaux, 15 janv. 1835, S., 36. 2. 334, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 822.

(6) Toutefois la loi nouvelle aura pour résultat probable de rendre la jurisprudence un peu moins sévère sur l'existence des conditions requises pour qu'il y ait enclave, puisque le droit à la servitude n'est plus contestable, en principe, en cas d'insuffisance du passage.

(7) Cpr. Cass., 6 janv. 1890, S., 90. 1. 392, D., 90. 1. 63.

(8) Cass., 13 juill. 1880, D., 80. 1. 456, S., 82. 1. 72 ; 27 avril 1881, S., 81. 1. 295, et 29 juin 1887, D., 88. 1. 485. — Poitiers, 13 mars 1889, D., 90. 2. 109.

une minime partie de son parcours (1). Le passage que la loi accorde est un passage de nécessité, et non un passage d'utilité, encore bien moins un passage de commodité ou d'agrément.

Lorsqu'aucune contestation ne s'élève à ce sujet, il suffit, pour l'application de l'art. 682, que les tribunaux affirment l'état d'enclave d'une propriété (2); mais lorsque ce point est contesté, on a recours, d'ordinaire, à une expertise ou à une descente sur les lieux, plutôt qu'à une enquête, pour apprécier si le fonds n'a réellement aucune issue ou s'il n'a qu'une issue insuffisante (3).

1046. L'art. 682 donne droit d'obtenir un passage convenable pour l'exploitation normale de la propriété ; si l'issue existante ne répondait pas aux besoins de l'exploitation, on pourrait user du droit conféré par notre article (4) et réclamer, par exemple, une voie charretière, quand il n'y a qu'une route impraticable pour les chariots (5). Le passage doit être accordé et fourni à raison des besoins réels de l'exploitation et, comme la faculté inscrite dans l'art. 682 subsiste à toute époque, on pourrait, après avoir obtenu un passage, en exiger l'élargissement ou le déplacement moyennant indemnité nouvelle, si l'exploitation du fonds avait été modifiée et si le premier passage était devenu insuffisant (6). Il en serait ainsi, alors même que l'on aurait transformé une exploitation agricole en une exploitation industrielle, et il n'y aurait pas même de restriction à établir dans l'hypothèse où le fonds enclavé et non bâti aurait été ensuite couvert de constructions destinées soit à l'habitation, soit à un établissement industriel (7). On ne saurait trouver dans l'art. 702 d'objection sérieuse ni

(1) Rennes, 31 janv. 1880, S., 81. 2. 62.

(2) Cass., 17 fév. 1880, S., 80. 1. 364, D., 82. 1. 311.

(3) Poitiers, 19 mars 1861, D., 63. 2. 148.

(4) Cass., 14 mai 1879, S., 79. 1. 254, D., 79. 1. 459.

(5) En conséquence celui qui supporte le passage lui fera assigner la largeur strictement suffisante d'après les besoins de l'héritage enclavé : il pourra même demander qu'il ne soit pas permanent, si l'utilité du fonds ne paraît pas l'exiger.

(6) Cass., 8 juin 1836, S., 36. 1. 453, D. *Rép.*, v° *Servitudes*, n. 835; 22 nov. 1869, D., 70. 1. 230.

(7) A condition toutefois qu'en bâtissant, le propriétaire n'ait pas créé ou augmenté l'enclave. — Cpr. *infra*, n. 1056, p. 350, note 3.

soutenir que l'on ne peut, par son fait, se créer un droit plus étendu que celui résultant de la nature originaire de l'héritage (1). L'art. 702 n'est pas applicable à cette hypothèse. Le propriétaire du fonds enclavé est libre d'entreprendre toutes les innovations qu'il juge utiles ; la servitude légale de passage n'est pas limitée aux besoins actuels ; elle varie avec les nécessités du fonds enclavé, suivant la destination donnée à ce dernier ; il faut que le propriétaire retire de son fonds toute l'utilité que ce fonds comporte et qu'il puisse l'exploiter comme s'il n'était pas enclavé ; tel est le but même que poursuit l'art. 682. L'opposition faite à la demande d'élargissement du passage ne serait fondée que si, par sa faute, par sa négligence, par malice surtout, le propriétaire du fonds enclavé avait créé un état nouveau rendant nécessaire l'aggravation de la servitude, alors qu'il aurait pu s'en dispenser sans compromettre en rien ses intérêts ; à ce point de vue, les juges sont libres d'apprécier la convenance et l'opportunité des innovations introduites dans le fonds enclavé (2).

1047. On écarte d'ordinaire l'art. 682 lorsqu'en fait le propriétaire utilise, pour se rendre à la voie publique, un passage, fût-il exercé en vertu d'un titre contestable (3) ou par suite de la simple tolérance du voisin (4). Certes, si le passage s'appuie sur des titres sujets à contestation, le propriétaire doit, tout d'abord, faire statuer sur la validité de ces titres ; mais lorsque le procès aura démontré leur inanité ou lorsque le passage ne sera exercé qu'à titre de simple tolérance, comment s'opposer à l'application de l'art. 682 ? En vain l'on affirme que tout intérêt manque tant que la tolérance subsiste ; mais peut-être se refuse-t-on à y recourir plus longtemps, à rester davantage l'obligé du voisin ; et puis il y a parfois

(1) *Sic* Demolombe, XII, n. 611. — *Contra* Aubry et Rau, III, § 243, p. 28, note 14.

(2) Cass., 8 juin 1836, S., 36. 1. 453. — Agen, 18 juin 1823, S., 24. 2. 89.

(3) Cass., 27 fév. 1839, S., 39. 1. 193, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 854.

(4) Cass., 30 avril 1835, S., 35. 1. 701, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 855 ; 15 juill. 1875, S., 75. 1. 419. — Pau, 19 mai 1884, D., 86. 2. 48. — Paris, 7 nov. 1895, D., 96. 2. 23. — Aubry et Rau, III, § 243, p. 27. — Il en est de même si le passage s'exerce grâce à la tolérance d'une administration, par exemple de l'administration forestière, Paris, 7 nov. 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 792.

intérêt à profiter d'une plus grande facilité de preuves, et à faire fixer au plus tôt l'assiette de la servitude légale.

1048. Bien que l'ancien art. 682 accordât, dans les termes les plus généraux, le droit de passage pour l'*exploitation* du fonds enclavé, quelques auteurs se fondant principalement sur ce que le législateur paraissait s'être préoccupé exclusivement des besoins de l'agriculture, pensaient que le passage ne pouvait être réclamé que pour l'exploitation *agricole* du fonds, et non pour son exploitation *industrielle*. La nouvelle rédaction de l'art. 682, qui parle de l'*exploitation soit agricole, soit industrielle* du fonds enclavé, condamne cette interprétation, qui n'avait trouvé qu'un faible écho dans la doctrine et que la jurisprudence avait toujours repoussée. Ainsi le droit de passage établi par nos articles est dû aussi bien pour l'exploitation d'une carrière (1) ou d'une tourbière (2) que pour la culture des terres.

1049. D'ailleurs il peut être réclamé non seulement par le propriétaire du fonds enclavé, mais aussi par l'usufruitier, l'usager, ou le superficiaire de ce fonds, qui ont un droit réel (3). La même faculté n'appartiendrait pas au fermier, qui n'a qu'un droit personnel. Le fermier ne peut que s'adresser au bailleur et le mettre en demeure d'invoquer l'art. 682 (4).

1050. Lorsqu'un fonds primitivement enclavé acquiert une issue par un événement quelconque, établissement d'un chemin ou réunion de ce fonds à un héritage bordant la voie publique, la servitude créée par application de l'art. 682 va-t-elle continuer à s'exercer? Quelles sont, en d'autres termes, les conséquences de la cessation de l'enclave? Si l'enclave disparaît avant qu'aucun passage n'ait été réclamé, l'art. 682 n'est plus applicable; on ne pourrait non plus, après la cessation de l'enclave, réclamer une aggravation de la servitude à raison d'un changement dans l'exploitation ou la destina-

(1) Cass., 7 mai 1879, S., 80. 1. 73, D., 79. 1. 460. — Chambéry, 10 janv. 1863, S., 63. 2. 237, D., 63. 2. 175.

(2) Amiens, 25 mai 1813, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 847.

(3) On en doit dire autant de l'emphytéote, si l'on admet qu'il y a un droit réel.

(4) Cass., 16 juin 1880, S., 80. 1. 456, D., 80. 1. 429. — Aubry et Rau, III, § 243, p. 26; Demolombe, XII, n. 600; Laurent, VIII, n. 75.

tion du fonds. Lorsque l'enclave résulte de la division d'un fonds à la suite d'une vente, d'un échange, d'un partage, ou de tout autre contrat, on admet sans difficulté que le passage, dérivant d'une convention tacite autant que de la loi, continue à s'exercer malgré la cessation de l'enclave (1); il en est de même tant que le propriétaire du fonds enclavé ne peut exiger le passage sur l'héritage qu'il vient d'acquérir, ce qui se produit dans le cas où, l'héritage étant affermé avant l'acquisition, le preneur s'oppose à l'exercice d'un passage que son bail ne lui impose pas (2). La difficulté apparaît, au contraire, lorsque le fonds enclavé a désormais une issue certaine sur la voie publique. Un parti imposant de la doctrine (3) soutient qu'après la cessation de l'enclave, la servitude ne peut plus s'exercer, peu importe qu'elle ait été fixée par un règlement conventionnel ou judiciaire ou par la prescription trentenaire ; la servitude légale a pour cause, dit-on, la nécessité ; l'exercice même du droit suit les besoins du fonds enclavé dans leurs fluctuations et doit disparaître avec eux : *cessante causa cessat effectus*. Lorsque l'héritage n'est plus en état d'enclave, il ne saurait être question que d'un passage de simple commodité que l'art. 682 n'autorise pas à conserver. La servitude disparaissant avec l'enclave, le propriétaire, qui aurait payé une indemnité aurait le droit d'en exiger une restitution partielle, déduction faite de la somme représentative du dommage causé pendant l'exercice effectif du passage (4) ; mais il devrait établir que l'indemnité a été réelle-

(1) Cass., 14 nov. 1859, S., 60. 1. 236, D., 60. 1. 176. — 1er août 1861, S., 61. 1. 945, D., 62. 1. 161. — Aubry et Rau, III, § 243, p. 33; Laurent, VIII, n. 115.

(2) Cass., 29 nov. 1861, D., 63. 5. 349.

(3) Aubry et Rau, III, § 243, p. 32; Laurent, VIII, n. 110 s.; Demante, II, n. 539 *bis*, II; Marcadé, sur l'art. 682; Pardessus, I, n. 225; Toullier, III, n. 554. De nombreux arrêts de cours d'appel ont aussi été rendus dans ce sens avant que la cour de cassation n'eût affermi la jurisprudence contraire. — V. ces arrêts rapportés dans le code civil annoté de Fuzier-Herman sur l'art. 682, n. 104. — V. notamment Lyon, 15 mars 1869, S., 69. 2. 99, D., 69. 2. 49. — Paris, 20 nov. 1865, S., 66. 2. 4.

(4) Les partisans de l'extinction de la servitude ne sont pas d'accord sur ce point ; une opinion divergente accorde la restitution totale de l'indemnité, le propriétaire du fonds servant ne gardant que les intérêts courus pendant l'exercice de la servitude avant la restitution demandée. *Sic* Pardessus, I, n. 226.

ment payée, et il ne lui suffirait pas d'invoquer comme présomption de paiement le fait que la servitude a été exercée pendant plus de trente ans (1).

Malgré la valeur des arguments invoqués dans ce premier système, l'opinion contraire à laquelle se rallie de plus en plus la jurisprudence (2) nous paraît plus exacte. La servitude, en effet, dérive de la loi, mais en quel sens? La loi ne crée pas, à vrai dire, la servitude; elle ouvre « un droit *à* la servitude », la faculté d'en réclamer l'établissement, et elle détermine les conditions requises à cet égard; lorsque ces conditions existent le propriétaire du fonds enclavé est libre d'user ou de ne pas user de la faculté qui lui appartient, mais il n'a pas encore de servitude sur l'héritage voisin; la servitude elle-même, « le droit *de* servitude » naît seulement le jour où l'on a déterminé l'assiette du passage et son mode d'exercice, soit à l'aide d'un règlement conventionnel ou judiciaire, soit comme conséquence de la prescription. Comment parler d'une servitude de passage tant que l'on ignore sa manière d'être, son étendue, le fonds sur lequel elle s'exerce? Ainsi *le droit à la servitude* est ouvert par la loi, mais la *servitude* naît d'un règlement ou de la prescription; une fois créée, elle se comporte comme les servitudes du fait de l'homme; établie, en principe, à perpétuité (3), elle est soumise aux seules causes d'extinction que prévoient les art. 703 s., et dans cette liste ne figure pas la cessation de l'enclave. La cause qui donne ouverture à la faculté de l'art. 682, l'état d'enclave du fonds et ses besoins

(1) Angers, 20 mars 1842, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 478. — Aubry et Rau, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.* — Toutefois l'opinion contraire a été consacrée par certains arrêts : Lyon, 24 déc. 1841, S., 42. 2. 166. — Limoges, 20 nov. 1843, S., 44. 2. 158.

(2) La cour de cassation paraît aujourd'hui bien fixée en ce sens et elle semble avoir brisé la résistance des cours d'appel. Cass., 19 janvier 1848, S., 48. 1. 193, D., 48. 1. 5; 24 novembre 1880, S., 81. 1. 222, D., 81. 1. 71; 30 juin 1903, S., 04. 1. 10, D., 04. 1. 231. — Orléans, 25 juillet 1895, D., 96. 2. 173. — Bourges, 13 janvier 1873, S., 73. 2. 183, D., 73. 2. 117. — V. dans le même sens Demolombe, XII, n. 642 et 643; Duranton, V, n. 435.

(3) Nous avons dit *supra*, p. 775, note 4, qu'au moment où il s'agit de la créer le propriétaire du fonds servant pouvait demander que la durée fût fixée en prévision des besoins temporaires du fonds enclavé; cette proposition n'est donc pas en contradiction avec l'opinion soutenue sur les effets de la cessation de l'enclave.

impérieux, est sans doute variable; elle peut disparaître, mais qu'importe si la servitude est née? On ne pourra plus désormais invoquer l'art. 682, mais le propriétaire du fonds enclavé n'a plus besoin de recourir à cet article, puisque la servitude est établie, déterminée. C'est là un phénomène juridique assez fréquent; il arrive souvent que des causes mobiles et périssables produisent des effets permanents et invariables. Les jurisconsultes romains en avaient déjà fait la remarque (1), traduite parfois par un axiome connu : *ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis.*

Il est inutile, dans ce système, de se préoccuper des difficultés relatives à la restitution de l'indemnité. Le propriétaire du fonds enclavé n'en pourra jamais exiger le remboursement, même s'il ne veut plus, après la cessation de l'enclave, exercer le passage établi auparavant. L'indemnité forme le prix d'acquisition de la servitude, et ce prix demeure entre les mains du constituant, quelque utilité que l'acquéreur retire ensuite du droit concédé.

1051. La servitude, une fois établie, peut-elle disparaître par le non usage? L'affirmative résulte des arguments développés à l'appui de la solution précédente ; les art. 703 s., en particulier l'art. 706, sont applicables à la servitude de passage pour enclave, du jour où l'assiette en a été déterminée. La servitude éteinte pourra être rétablie, si les conditions d'application de l'art. 682 subsistent encore (2) ; une logique rigoureuse exigerait alors le paiement d'une nouvelle indemnité ; dans la pratique, les tribunaux, qui en fixent librement le montant, pourront sans doute, par un tempérament équitable, la réduire au minimum ; mais l'indemnité est due : c'est une autre servitude qui est créée. Si, après l'extinction du droit de passage par suite du non-usage, l'enclave avait cessé, la servitude ne pourrait être à nouveau imposée aux héritages qu'elle grevait auparavant.

(1) L. 85, Dig., *De regulis juris.*

(2) Le droit à la servitude, c'est-à-dire la faculté accordée par l'art. 682, est imprescriptible ; pour pouvoir invoquer ce texte, il faut et il suffit que les conditions par lui prévues subsistent. — Montpellier, 20 février 1897, *Mon. Midi*, 20 juin 1897.

§ II. *Assiette de la servitude de passage.*

1052. La loi statuant dans les termes les plus généraux, aucun fonds ne saurait être, à raison de sa nature, affranchi de la servitude légale qui nous occupe. Ainsi elle grève les héritages clos comme ceux qui ne le sont pas. La loi n'excepte même pas, comme elle le fait ailleurs (loi du 29 avril 1845, art. 1er), les cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations. Notre servitude grève aussi les immeubles dotaux, bien qu'ils soient inaliénables (art. 1554). Mais il faut que le passage soit dû nécessairement à raison de la situation des lieux; ni le mari ni la femme ne pourraient valablement consentir à ce que la servitude fût assise sur le fonds dotal, si cet immeuble n'était pas dans les conditions prévues par l'art. 683 (1). Même, pour la garantie de l'inaliénabilité, on devrait recourir dans tous les cas à l'intervention du tribunal et au règlement judiciaire (2). Elle grève enfin les fonds de terre faisant partie du domaine privé de l'Etat (3), et même, d'après quelques auteurs, ceux du domaine public (4), mais, à la condition toutefois de n'être pas incompatible avec leur destination, et sauf à en régler l'exercice de façon à ne pas compromettre le service public.

Certains arrêts (5) ont décidé que la servitude de passage n'était due, en vertu de la loi, qu'à la surface du sol et non au-dessous, pour faciliter l'exploitation de carrières; ainsi le propriétaire d'un fonds enclavé sous lequel existe une carrière enclavée dans d'autres carrières ne pourrait à travers celles-ci réclamer un passage. On comprend cette restriction

(1) Cass., 17 juin 1863, S., 63. 1. 360, D., 64. 1. 140.

(2) Laurent, VIII, n. 92. — La prescription produirait-elle les effets que prévoit l'art. 685? — V. *infra*, n. 1065.

(3) Angers, 20 mai 1842, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 858.

(4) Montpellier, 18 janvier 1865, sous Cass., 11 nov. 1867, et 20 déc. 1865, S., 68. 1. 30. — Laurent, VIII, n. 92. — *Contra* Aubry et Rau, II, § 243, p. 28. — Un arrêt décide que le domaine public de l'Etat ne doit être grevé de la servitude qu'à défaut de propriétés privées sur lesquelles le passage puisse s'exercer. — Nancy, 25 janvier 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 507.

(5) Cass., 10 nov. 1891, D., 92. 1. 83. — Amiens, 2 février 1854, S., 54. 2. 183, D., 54. 2. 232. — Bordeaux, 16 février 1875, S., 75. 2. 170. — Nancy, 3 nov. 1894, *Rec. Nancy*, 94. 229.

dans le système qui limite l'application de l'art. 682 aux exploitations agricoles, mais la loi nouvelle ayant formellement condamné cette opinion, le passage doit être fourni aussi bien en dessous du sol qu'à la surface; en fait, on pourra seulement rechercher si le propriétaire de la carrière n'est pas à même de se procurer sans trop de frais une issue suffisante sur son fonds, en y ouvrant un puits de communication (1).

Il peut y avoir plusieurs fonds voisins susceptibles de fournir le passage. Il faut d'abord déterminer celui auquel cette charge sera imposée. Ce premier point une fois réglé, il faut encore fixer la partie du fonds qui servira d'*assiette* à la servitude, c'est-à-dire sur laquelle elle sera *assise* (2). Comment parviendra-t-on à cette double détermination? Le nouvel art. 683 dit à ce sujet dans son alinéa 1 : « *Le passage doit régu-* » *lièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du* » *fonds enclavé à la voie publique* ».

1053. Voilà le principe. Il comporte deux exceptions.

PREMIÈRE EXCEPTION. Elle est établie par l'art. 683 al. 2, ainsi conçu : « *Néanmoins, il* [le passage] *doit être fixé dans l'en-* » *droit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il* » *est accordé* ». C'est la reproduction littérale de l'ancien art. 684. Ainsi le juge peut ordonner que le passage ne sera pas exercé en suivant inflexiblement la ligne la plus courte (3) du fonds enclavé à la voie publique, si on se trouve ainsi conduit à traverser une cour, un jardin ou un parc... Il peut même imposer la servitude de passage à un fonds autre que celui qui offre le trajet le plus court, si la servitude doit être beaucoup plus onéreuse pour le propriétaire de ce dernier que pour celui du fonds voisin (4).

(1) V. en ce sens Chambéry, 10 janvier 1863, S., 63. 2. 237, D., 63. 2. 175; Laurent, VIII, n. 90.

(2) Il sera nécessaire aussi de fixer les autres éléments du passage, la direction et le parcours du chemin, sa largeur, la façon dont la servitude sera exercée, à pied ou avec voiture, et même, dans certaines hypothèses, les époques, jours et heures où l'on pourra passer.

(3) Cass., 7 mai 1879, D., 79. 1. 460; 14 avril 1904, D., 04. 1. 247. — Nancy, 3 oct. 1894, D., 96. 2. 87.

(4) Aubry et Rau, III, § 243, p. 29; Demolombe, XII, n. 618; Laurent, VIII, n. 93. — Cass., 29 déc. 1847, D., 48. 1. 204. — Bordeaux, 15 janv. 1835, S., 36. 2. 234. — Bourges, 9 mars 1858, S., 58. 2. 670, D., 59. 2. 38.

L'opinion contraire pourrait invoquer l'autorité de Bourjon (1) et le texte de la loi interprété très étroitement. Mais, à lire le texte dans son ensemble, l'esprit général de l'article condamne une interprétation aussi restrictive; on a voulu accorder au juge le pouvoir de rechercher le passage le moins dommageable sur l'un quelconque des fonds voisins ; le mot « régulièrement » prouve que, dans la pensée du législateur, la règle posée au § 1 de l'art. 683 n'a rien d'absolu et qu'elle est, dans son ensemb'e et sans distinction, soumise à l'exception inscrite dans la partie finale du texte (2).

Mais peut-il être dérogé à la règle du trajet le plus court, dans l'intérêt du propriétaire enclavé? Ainsi le juge a-t-il le droit d'ordonner qu'on s'écarte de la ligne la plus courte, si, à raison de la valeur du terrain, il faut payer une indemnité beaucoup plus forte pour établir le passage en suivant cette ligne que pour l'asseoir sur une autre partie du fonds ou même sur un fonds voisin ? On l'admettait sous l'empire du code civil, en se conformant à l'esprit de la loi plutôt qu'à ses termes, et il semble qu'on doive l'admettre encore aujourd'hui, l'intention des auteurs de la loi nouvelle ayant été de consacrer législativement les solutions qui avaient triomphé en doctrine et en jurisprudence (3).

1054. Pour le règlement de ces difficultés, il sera souvent nécessaire de mettre en cause, dans le procès, plusieurs des propriétaires voisins de l'héritage enclavé; mais, en principe, l'action intentée pour obtenir un passage n'est pas irrecevable, lorsque tous les propriétaires voisins n'ont pas été mis en cause; autrement, on obligerait le demandeur à des frais inutiles. Il suffit que l'action soit dirigée contre ceux dont les fonds semblent répondre aux conditions de l'art. 683, les défendeurs ayant toute liberté de combattre la prétention adverse et de demander la mise en cause des autres propriétaires (4).

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. IV, tit. 2, part. 2, chap. I, n. 2 et 3.

(2) Il sera presque toujours nécessaire de recourir à une expertise ou à une descente sur les lieux pour l'appréciation de tous ces points de fait.

(3) Cpr. *supra*, n. 928.

(4) Cass., 7 mars 1879, S., 80. 1. 73. — Bordeaux, 15 janv. 1830, S., 36. 2. 334; Demolombe, XII, n. 620. — Cpr. cependant Montpellier, 5 août 1830, S., 31. 2. 96.

1055. Lorsque la servitude a été déterminée, le propriétaire du fonds servant peut, par application de l'art. 701, en demander le déplacement sur son propre terrain, mais il n'aurait plus le droit, sur le fondement de l'art. 683 § 2, de la faire reporter sur un autre héritage, quand bien même l'état des lieux aurait, depuis l'établissement de la servitude, subi des modifications. Une fois créée, la servitude, on le sait, se comporte comme une servitude du fait de l'homme ; le propriétaire de l'héritage grevé a reçu une indemnité, il a vendu, pour ainsi dire, un droit de passage, et il doit en subir par suite, les conséquences quels que soient les événements ultérieurs (1). De son côté, le propriétaire du fonds dominant peut, au besoin, réclamer à son profit une modification de la servitude ; au fond des choses c'est une nouvelle servitude qu'il a le droit de réclamer, si les conditions de l'art. 682 existent encore ; mais, lorsqu'il s'agira de fixer les éléments de cette servitude nouvelle, de la servitude transformée, il faudra appliquer à nouveau l'art. 683 ; de sorte que, cette fois, le propriétaire du fonds servant pourrait s'opposer à l'aggravation de servitude sur son héritage, en soutenant qu'ailleurs le passage serait moins dommageable.

1056. Deuxième exception. Elle résulte du nouvel art. 684. Toutes les fois que l'enclave provient de la division d'un fonds, par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage, ou de tout autre contrat, le passage ne peut être établi que sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes (2). Ainsi, par suite d'un partage, un terrain confinant à un chemin est divisé en plusieurs parcelles, dont quelques-unes se trouvent désormais séparées de la voie publique par les autres : c'est sur ces dernières que le passage sera dû aux premières. De même, si, à la suite d'une vente portant sur une partie d'un fonds, la portion vendue se trouve enclavée, le vendeur devra un passage à l'acheteur sur la portion qu'il conserve. En sens

(1) Cpr. Toulouse, 20 mai 1818, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 829. — *Contra* Laurent, VIII, n. 94.

(2) Les tribunaux seront appelés, à défaut de clause expresse dans les actes, à déterminer les éléments et les conditions d'exercice du passage. — Bastia, 17 déc. 1856, S., 57. 2. 82, D., 58. 2. 211.

inverse, le vendeur pourra exiger que l'acheteur lui fournisse un passage, si c'est la portion qu'il conserve qui se trouve enclavée par suite de la vente (1).

Il en serait de même, si les deux parties du fonds avaient été vendues à deux acquéreurs différents; l'acheteur de la partie enclavée devrait réclamer à l'autre le passage (2).

Le texte de l'art. 684 est absolu; il suffit que le fonds enclavé ait fait partie autrefois d'un héritage ayant accès à la voie publique, pour que le passage soit pris sur les autres parcelles de la propriété divisée; si les actes qui ont réalisé le morcellement de l'héritage portaient expressément que les parcelles non enclavées ne devraient pas fournir le passage, cette clause, sans effet sur l'application de l'art. 684, aurait seulement pour résultat d'obliger le propriétaire de la partie enclavée à payer une indemnité pour obtenir son passage sur les autres parcelles. Lorsque la vente partielle d'un fonds a eu pour résultat d'enclaver une parcelle de l'héritage, le sous-acquéreur de la parcelle enclavée, substitué dans les droits du premier acheteur, doit toujours exiger son passage sur l'autre partie du fonds; l'art. 684 lui interdit d'en réclamer un autre (3).

La généralité des termes de l'art. 684 conduit aussi à décider que les parcelles d'un fonds divisé, ayant accès à la voie publique, doivent supporter toutes les aggravations de passage que rendent nécessaires, pour les parcelles enclavées, les besoins nouveaux de leur exploitation, transformée, modifiée, ou créée de toutes pièces. Avant la loi de 1881, on avait soutenu que l'art. 682 reprenait son empire, en cas d'extension de la servitude pour cause de transformation, postérieure à la division de l'héritage, les propriétaires non enclavés ne pouvant plus alors être considérés comme engagés à fournir

(1) Cass., 6 janv. 1890, D., 90. 1. 63.

(2) Aubry et Rau, III, § 243, p. 29; Demolombe, XII, n. 602.

(3) Laurent, VIII, n. 88. — Cpr. cependant Cass., 24 avril 1843, S., 43. 1. 846, D., 43. 1. 412; 24 avril 1867, S., 67. 1. 244, D., 67. 1. 227. La loi nouvelle ramènera sans doute la jurisprudence vers une autre opinion. — La solution serait la même dans le cas où le propriétaire du fonds enclavé n'aurait pas eu besoin, avant de le revendre, de réclamer un passage sur la partie non enclavée, grâce à la tolérance d'un voisin qui le laissait passer sur un autre héritage.

ce supplément de passage, en vertu des contrats constitutifs de l'enclave. Sans doute, en pareil cas, il y aura lieu peut-être, ainsi qu'on le verra bientôt, au paiement d'une indemnité, l'obligation de souffrir le passage aggravé n'étant plus une conséquence de la garantie due par le vendeur ou le copartageant; mais le passage, même aggravé, doit être supporté nécessairement par les autres parcelles de l'héritage, à cause de l'origine même de l'enclave.

C'est donc seulement lorsque l'enclave résulte d'un cas fortuit, comme le changement de lit d'un fleuve, ou bien lorsqu'elle existe depuis un temps immémorial, de telle sorte qu'il est impossible d'en déterminer la cause, que le propriétaire du fonds enclavé peut réclamer le droit de passage accordé par nos articles. Les parties ne peuvent pas faire subir au voisin les conséquences d'une enclave qui résulte de leur fait ; tel est le motif général, qui explique la règle de l'art. 684 et en justifie l'extension à toutes les hypothèses indiquées plus haut (1).

A cette raison d'équité, il faut en ajouter d'autres tirées des principes juridiques. Dans un partage, les parties se doivent réciproquement la garantie. Il en résulte que celui des copartageants, dont le lot est enclavé parmi ceux de ses consorts, peut agir contre ceux-ci pour obtenir un passage; car l'impossibilité où il se trouve d'exploiter sa propriété faute de passage, équivaut à une éviction : c'est la même chose à peu près d'être privé de son droit de propriété sur un bien, ou de n'obtenir sur ce bien qu'un droit de propriété illusoire, à raison de l'impossibilité où l'on est de l'exploiter. La même obligation de garantie, avec les mêmes conséquences, existe dans la vente ou dans l'échange. De plus, l'art. 1615 impose

(1) Aussi faut-il que l'enclave résulte d'une vente volontaire et non d'une expropriation partielle, pour cause d'utilité publique, alors même que l'enclave aurait pu être évitée en requérant l'acquisition de tout le terrain. Paris, 18 nov. 1869, S., 70. 2. 156, D., 71. 2. 72; on en doit dire autant, lorsque la vente amiable a été consentie pour prévenir une expropriation. Alger, 15 juin 1867, S., 68. 2. 180, D., 71. 2. 90. — Le même motif conduit à décider encore que le passage de l'article 682 ne pourrait être exigé, si un propriétaire s'était enclavé lui-même en bâtissant; mais il en serait autrement si l'obstacle au passage provenait non pas des constructions mais de l'existence d'un talus. Cass., 30 janv. 1884, D., 84. 1. 364.

au vendeur l'obligation de livrer la chose avec ses accessoires et tout ce qui est destiné à son usage perpétuel, donc avec le passage indispensable si le bien vendu est enclavé par suite de la vente.

Ce sont ces raisons si décisives qui avaient déjà déterminé la plupart des auteurs et la jurisprudence à adopter la solution que le nouvel art. 684 a consacrée législativement.

1057. Il importe, croyons-nous, de distinguer si le passage est dû en vertu d'une obligation de garantie ou s'il n'est imposé qu'en vertu de l'origine de l'enclave. Dans le premier cas, la servitude est conventionnelle plutôt que légale : son établissement n'étant, à vrai dire, que l'exécution d'une obligation préexistante, aucune indemnité ne sera due, s'il n'y a convention contraire ; d'autre part, le passage pourra être réclamé et non pas seulement maintenu, à moins que l'acte ne renferme une indication contraire, même après la cessation de l'enclave; cet événement, en effet, laisse subsister l'obligation de garantie et n'arrête pas l'exécution du contrat. Dans le second cas, lorsqu'il n'y a pas d'obligation de garantie ou lorsque cette obligation est prescrite, la servitude est légale, comme dans l'art. 682; seule, la règle relative à l'assiette du passage est modifiée; par dérogation à l'art. 683, le passage, à cause de l'origine de l'enclave, doit nécessairement être fourni par les autres parcelles de la propriété divisée, « venues d'ensemble », suivant l'expression vulgaire, mais une indemnité sera due, sauf indication contraire résultant des titres (1), et la servitude ne pourrait être réclamée, si l'enclave avait pris fin.

Il est facile de savoir dans quelles hypothèses trouve place ou non l'obligation de garantie; ainsi elle n'existe pas au profit du vendeur qui veut passer sur la partie du fonds cédée à l'acquéreur, ni au profit de l'acheteur d'une parcelle enclavée qui réclame un passage à un autre acquéreur (2).

(1) Par exemple, si l'on établit que le prix de vente a été réduit en prévision du passage que l'acheteur devait fournir au vendeur.

(2) Avant la loi de 1881, comme la servitude ne pouvait être réclamée qu'en vertu de l'obligation de garantie résultant de la convention, elle était susceptible de s'éteindre au bout de trente ans par le non usage; tant que la prescription

1058. Cependant on revient au droit commun, c'est-à-dire à l'application de l'art. 682, lorsqu'un passage suffisant ne peut être établi sur les terrains ayant fait l'objet des conventions qui sont la cause de l'enclave, c'est-à-dire lorsque l'ensemble du fonds était lui-même enclavé avant sa division. C'est ce que nous dit le 2e alinéa du nouvel art. 684; c'est aussi ce que décidait déjà la jurisprudence (1).

§ III. *De l'indemnité.*

1059. L'enclave ne donne droit au passage sur les fonds voisins que moyennant une indemnité. Le montant de cette indemnité sera réglé par la justice sur expertise, si les parties ne peuvent pas s'entendre pour le déterminer à l'amiable (2). Dans ce règlement, le juge devra tenir compte du préjudice causé au propriétaire du fonds servant par l'établissement de la servitude, et non du profit qu'en retirera le fonds enclavé; mais il évaluera le préjudice réel que le passage est susceptible de causer, sous divers rapports, au propriétaire du fonds servant. Toutefois, il n'y aurait pas lieu d'accorder plus tard un supplément d'indemnité, si, par suite d'un changement opéré sur le fonds servant, le passage devenait pour lui plus dommageable; cette solution résulte de considérations déjà développées (3).

On peut induire, par argument *a fortiori* de l'art. 545, que

extinctive n'était pas accomplie, le propriétaire du fonds enclavé ne pouvait commencer à prescrire l'acquisition d'un droit de passage sur un autre fonds voisin, non compris dans le partage ou la vente; la prescription acquisitive ne prenait cours qu'au moment où la prescription extinctive était accomplie. — Cass., 15 janv. 1868, D., 68. 1. 165. — Limoges, 21 déc. 1896, D., 99. 2. 320; la règle demeure vraie pour tous les faits antérieurs à la loi de 1881; mais l'art. 684 nouveau vient modifier sensiblement la solution; depuis la loi de 1881, le droit d'exercer le passage sur les parcelles comprises dans le partage ou dans la vente a le caractère d'une faculté légale imprescriptible; par suite, il ne suffira pas de la seule expiration du délai de trente ans de non usage pour que l'on puisse utilement prescrire l'acquisition de la servitude d'enclave sur d'autres fonds. — Montpellier, 20 fév. 1897, S., 99. 2. 204. — Trib. civ. Grenoble, 19 nov. 1900, *Gaz. Pal.*, 01. 514.

(1) Cass., 15 fév. 1874, S., 74. 1. 271, D., 76. 1. 78.

(2) Les frais de l'expertise doivent être supportés conformément à la règle posée à propos du mur mitoyen, *supra*, n. 971.

(3) V. *supra*, n. 1055. — *Sic* Demolombe, XII, n. 628.

le paiement de l'indemnité doit être préalable à l'exercice du droit de passage.

Cette règle, qui mérite d'être précisée, ne comporte pas toutes les conséquences résultant de l'art. 545 C. civ. et des principes sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. L'indemnité est préalable, en ce sens que l'on peut, jusqu'à son règlement, s'opposer à l'exercice de la servitude; mais l'action à fin de passage n'est pas subordonnée à l'offre d'une indemnité (1); et, d'autre part, celle-ci ne consiste pas nécessairement en un capital; elle est parfois convertie en une somme payable au début de chaque année (2), avec faculté pour le propriétaire du fonds servant d'intercepter le passage jusqu'au paiement. La règle posée a seulement pour but d'assurer au créancier de l'indemnité une garantie de paiement. Le passage exercé avant que l'on ait fait déterminer l'assiette de la servitude et l'indemnité due, ne rendrait pas irrecevable l'action du propriétaire enclavé (3); on n'y trouverait même pas la contravention prévue et punie par l'article 475, n. 9 et 10 C. pén., puisque le propriétaire du fonds enclavé a droit au passage sous les conditions déterminées par l'art. 682; il y aurait place seulement pour une action en dommages-intérêts ou en complainte possessoire (4).

L'obligation de payer l'indemnité, imposée à plusieurs propriétaires enclavés, n'est ni indivisible, puisqu'elle a pour objet une somme d'argent, ni solidaire (5).

Nous avons vu un peu plus haut dans quel cas l'indemnité pouvait être due dans l'hypothèse de l'art. 684.

§ IV. *Effets de la servitude.*

1060. L'art. 682 permet seulement, on le sait, l'établissement d'une servitude et non l'acquisition de la propriété du

(1) Cass., 15 juin 1875, S., 76. 1. 349, D., 76. 1. 502.

(2) Cass., 25 nov. 1845, D., 46. 1. 326. — Nancy, 30 oct. 1894, D., 96. 2. 87. — Laurent, VIII, n. 98. — *Contra* Demolombe, XII, n. 632.

(3) Cass., 7 mai 1879, S., 80. 1. 73, D., 79. 1. 460.

(4) Cass., 22 janvier 1857, S., 57. 1. 495, D., 57. 1. 131; 29 nov. 1860, S., 62. 1. 108 à la note; 2 mai 1861, S., 62. 1. 108, D., 61. 5. 145; 22 nov. 1879, S., 80. 1. 231. — Aubry et Rau, III, § 243, p. 30; Laurent, VIII, n. 97.

(5) Cass., 25 nov. 1845, D., 46. 1. 326.

voisin; à l'inverse le propriétaire du fonds enclavé n'est jamais forcé d'acheter la propriété du terrain, s'il préfère se contenter d'une servitude qui sera régie par les principes généraux du code sur les droits et les obligations des propriétaires des fonds dominant et servant.

Le propriétaire du fonds dominant, du fonds enclavé, n'a que les droits inhérents à une servitude de passage, telle qu'elle a été déterminée pour les besoins de son exploitation ; il ne peut, en conséquence, bâtir sur le fonds servant ni pratiquer des jours, des vues, en dehors des conditions normales, ni céder son droit de servitude ; il supporte les frais d'entretien du passage, s'il est seul à l'utiliser; sinon, les frais se partagent entre les intéressés.

Le propriétaire du fonds servant conserve la propriété de son héritage et tous les avantages qui s'y attachent, à la condition de ne rien faire qui puisse entraver ou rendre plus incommode l'exercice du droit de passage (art. 701).

Ces données générales permettent de dire si le propriétaire du fonds servant a ou non le droit de clore son héritage. L'art. 647 paraît, à le lire sans réflexion, le lui refuser complètement; mais la restriction de ce texte interdit seulement les clôtures qui mettraient obstacle à l'exercice de la servitude établie conformément à l'art. 682; autrement pourquoi restreindre sans raison les droits du propriétaire de l'héritage assujetti? La défense de l'art. 647 n'ajoute rien aux prescriptions de l'art. 701 (1).

§ V. *De la prescription.*

1061. La faculté légale de l'art. 682, le droit au passage, le droit de réclamer la servitude au profit du fonds enclavé est imprescriptible (2); mais, à l'inverse, si le propriétaire d'un fonds enclavé a passé pendant trente ans sur un fonds voisin, en l'absence de toute convention ou de tout règlement judiciaire, cet usage trentenaire aura produit à son profit deux effets importants, qu'indique le nouvel art. 685 : 1° dé-

(1) Laurent, VIII, n. 109.
(2) V. *supra*, n. 1051 en note.

terminer l'assiette et le mode de la servitude de passage; 2° libérer le propriétaire du fonds enclavé de l'obligation de payer l'indemnité due aux termes de l'art. 682.

1062. PREMIER EFFET. Après trente ans d'usage continu, l'*assiette* et le *mode* de la servitude de passage sont définitivement établis (art. 685 al. 1) (1).

L'*assiette*, c'est-à-dire le fonds et même la partie du fonds sur laquelle la servitude sera désormais définivement *assise*, sauf le droit pour le propriétaire du fonds servant, d'invoquer, conformément au droit commun, l'art. 701 *in fine* (2).

Ici, comme ailleurs, la prescription transforme le fait en droit. Quelques doutes s'étaient élevés sur ce point; sous l'empire du code civil, on pouvait objecter, en effet, qu'il s'agissait d'une servitude discontinue ne pouvant s'acquérir par prescription; la loi nouvelle fait disparaître toute incertitude et sa solution est facile à justifier. Il suffit de remarquer que la prescription ne fait pas acquérir le droit au passage, car ce droit existe en vertu des seules dispositions de la loi; elle fait acquérir le droit de passage sur tel fonds et sur telle partie déterminée de ce fonds. Tant que la prescription n'est pas accomplie, le propriétaire du fonds sur lequel le passage est exercé peut soutenir, soit que la servitude doit être exercée sur une autre partie de ce fonds, soit qu'elle doit être exercée sur un autre fonds. Il ne peut élever ni l'une ni l'autre prétention après trente ans d'usage continu. La loi considère son silence prolongé comme impliquant un consentement tacite au maintien de l'état de choses actuel qu'il a toléré pendant si longtemps (3). La prescription peut aussi changer l'assiette primitivement assignée par une convention pour l'exercice de la servitude (4).

1063. Puisque les faits de passage sont constitutifs d'une possession utile pour conduire à la prescription, le propriété-

(1) Cass., 9 janv. 1883, S., 84. 1. 64, D., 83. 1. 176.

(2) V. *supra*, n. 1055.

(3) La jurisprudence avait consacré cette solution avant la loi de 1881. — Cass., 29 décembre 1847, S., 49. 1. 134, D., 48. 1. 204. — Metz, 19 janvier 1865, S., 65. 2. 52. — V. depuis Cass., 3 nov. 1903, S., 04. 1. 88.

(4) Cass., 13 août 1889, D., 90. 1. 309, et 17 février 1886, S., 86. 1. 457, D., 87. 1. 303.

taire du fonds enclavé qui a usé de la servitude pendant plus d'un an peut intenter une action possessoire, s'il est troublé dans l'exercice du passage (1).

1064. La posesssion requise doit remplir les conditions de l'art. 2229, conditions variables en fait, suivant la nature du fonds (2); par ailleurs, on doit appliquer toutes les règles relatives à la suspension et à l'interruption de la prescription (3). Enfin, la prescription ne fixe le passage que dans la mesure de la possession effective; si l'on s'est borné, en fait, à l'exercice d'un passage à pied, on ne peut s'appuyer sur la prescription pour réclamer sur le même fonds moyennant une indemnité, un passage avec charrettes; il s'agit alors d'une servitude nouvelle à laquelle s'appliquent les art. 683 et 684.

1065. La servitude de passage peut-elle s'acquérir par prescription sur les immeubles inaliénables et imprescriptibles? L'affirmative paraît certaine si le passage a été exercé sur le fonds qui, conformément aux art. 683 et 684, doit la servitude, car les immeubles deviennent inaliénables et prescriptibles dans cette mesure (4). Dans le cas contraire, la possession ne conduirait pas à l'acquisition de la servitude, et la garantie de l'imprescriptibilité conserverait tout son empire; la prescription ne pourrait avoir plus d'effet que la volonté du propriétaire même des immeubles, incapable de consentir à l'établissement d'une servitude non imposée par la loi (5).

(1) Cass., 8 mars 1852, S., 52. 1. 314, D., 52. 1. 94; 5 janvier 1857, S., 58. 1. 740; 25 juin 1860, D., 60. 1. 264; 11 avril 1865, S., 65. 1. 224; 1er août 1871, D., 71. 1. 148; 19 février 1872, S., 72. 1. 290, D., 72. 1. 208; 18 juin 1894, *Pand. franç.*, 95. 1. 275. — Aubry et Rau, III, § 243, p. 30.

(2) Nancy, 23 avril 1834, S., 35. 2. 458; 17 oct. 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 2. 571. — Trib. civ. Seine, 8 janvier 1897, *Le Droit*, 17 avril 1897.

(3) Cass., 11 avril 1865, S., 65. 1. 224; 29 déc. 1847, S., 49. 1. 134, D., 48. 1. 204. — Paris, 14 mars 1839, D., 39. 2. 122. — Montpellier, 1er avril 1848, D., 48. 2. 73.

(4) La cour de cassation a fait application de cette règle à un immeuble dotal. — Cass., 6 janv. 1891, S., 95. 1. 28, D., 91. 1. 479.

(5) Cass., 20 juin 1847, S., 47. 1. 129, D., 47. 1. 110. — Laurent, VIII, n. 104. — *Contra* Demolombe, XII, n. 625. — Cpr. Cass., 19 janv. 1848, S., 48. 1. 193, D., 48. 1. 5; 18 juill. 1848, S., 49. 1. 136, D., 48. 1. 205; 17 juin 1863, S., 63. 1. 360. — Caen, 1er déc. 1845, S., 46. 2. 128. — Bordeaux, 6 août 1862, S., 62. 2. 128. — Lorsque la prescription permet d'acquérir la servitude de l'art. 682 sur un immeuble inaliénable et imprescriptible, elle a aussi pour effet d'éteindre l'action en indemnité; en effet, l'imprescriptibilité de l'immmeuble est tout à fait étrangère à l'obligation ayant pour objet une somme d'argent.

1066. Le *mode de la servitude*. La loi désigne par ces mots la façon de passer : à pied, avec du bétail, en charrette... Avant que la prescription ne soit accomplie, le propriétaire du fonds sur lequel le passage est exercé peut, tout en reconnaissant qu'il doit la servitude, contester l'étendue que le propriétaire du fonds enclavé prétend lui donner, soutenir, par exemple, qu'un passage à pied suffit pour l'exploitation du fonds enclavé, quand le propriétaire de celui-ci prétend qu'il a besoin d'un passage à cheval ou avec charrette. La prescription une fois accomplie, aucune contestation ne peut plus être élevée sur ces points.

1067. Deuxième effet. L'usage trentenaire du droit de passage entraîne l'extinction de l'action en indemnité appartenant au propriétaire sur le fonds duquel il a été exercé.

Il est incontestable que le droit à l'indemnité est perdu, si le passage a été exercé pendant trente ans, à compter d'un règlement conventionnel ou judiciaire déterminant, soit l'assiette du passage et le montant de l'indemnité tout à la fois, soit l'assiette du passage seulement, la question d'indemnité étant réservée. Dans l'un et l'autre cas, le droit à l'indemnité était né au profit du propriétaire du fonds sur lequel le passage a été exercé, et il doit nécessairement se prescrire par trente ans d'inaction, conformément au droit commun (art. 2262).

Mais il faut aller plus loin et décider que le droit à l'indemnité est éteint par l'usage trentenaire, même quand le passage a été exercé en l'absence de tout règlement, soit quant à l'assiette de la servitude, soit quant à l'indemnité. Dès le jour, en effet, où le passage a été exercé sur l'un des fonds voisins, une action est née au profit du propriétaire de ce fonds pour réclamer une indemnité. S'il reste pendant trente ans sans l'exercer, son droit est éteint par la prescription (arg. art. 2262). La question était controversée sous l'empire du code civil, et elle pourra l'être encore sous l'empire de la loi nouvelle, qui s'est bornée à reproduire purement et simplement sur ce point la disposition de l'ancien art. 685.

Toutefois la controverse n'est pas très sérieuse. Aux termes

de l'art. 685, c'est l'action en fixation de l'indemnité qui est déclarée prescriptible ; quant à l'action en paiement de l'indemnité fixée, il était inutile d'avoir une disposition spéciale autre que la règle contenue dans l'art. 2262 C. civ. Il était, au contraire, intéressant de dire en termes exprès que l'action en indemnité était prescriptible, à cause du caractère discontinu de la servitude de passage ; on aurait pu soutenir que la possession exercée par le propriétaire du fonds dominant, étant inutile, n'enlevait aucun droit au propriétaire du fonds servant ; comme on le voit, la disposition nouvelle de l'art. 685 § 1 vient, en somme, à l'appui de la solution généralement admise auparavant.

La prescription de l'action en indemnité se fonde sur la possession prolongée du propriétaire enclavé ; soumise aux conditions de l'art. 2229 et à toutes les causes ordinaires de suspension et d'interruption (1), elle ne commence à courir que du jour où le passage est exercé pour la première fois (2).

1068. En dehors du cas d'enclave, le droit de passage est encore accordé dans quelques hypothèses spéciales.

1° Toute personne peut passer sur les héritages bordant une voie publique *devenue impraticable*, alors même que ces héritages seraient clos et quel que soit leur état de culture. Ce droit existe, même dans le cas où il y aurait une autre route, praticable dans tout son parcours et conduisant au point que l'on veut atteindre ; il existe aussi, alors même qu'il s'agirait d'un chemin rural (3). C'est à la commune de payer, en pareil cas, l'indemnité due aux propriétaires riverains du chemin impraticable (loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. II, art. 41 et loi du 21 mai 1836, art. 1) (4).

(1) Cass., 29 déc. 1847, S., 49. 1. 134, D., 48. 1. 204. — Paris, 14 mars 1839, D., 39. 2. 122. — Montpellier, 1er avril 1848, D., 48. 2. 73. — Par suite, si l'action en indemnité était ouverte à plusieurs propriétaires, elle pourrait se prescrire vis-à-vis de l'un et subsister vis-à-vis de l'autre. — Cass., 31 déc. 1860, S., 61. 1. 191, D., 61. 1. 376.

(2) Cass., 23 août 1827, S. chr., *Rép.*, v° *Servitude*. — Bastia, 2 août 1854, S., 54. 2. 573, D., 56. 2. 281.

(3) Cass., 9 déc. 1885, S., 86. 1. 153, D., 87. 1. 64.

(4) Cass., 11 frimaire an XIV, S. chr., *Rép.*, v° *Servitude*, n. 873.

La question est de la compétence du tribunal civil et non de celle du juge de paix (1).

2° Le propriétaire d'un essaim d'abeilles peut le poursuivre sur les fonds voisins. L'art. 9 de la loi du 4 avril 1889 *sur le code rural* dit à ce sujet : « *Le propriétaire d'un essaim a le* » *droit de le réclamer et de s'en ressaisir, tant qu'il n'a pas* » *cessé de le suivre ; autrement l'essaim appartient au proprié-* » *taire du terrain sur lequel il s'est fixé* ».

3° Le propriétaire d'objets enlevés par les eaux peut aller les retirer dans le fonds où ils ont été entraînés (2).

4° Des passages peuvent aussi être exigés pour l'exploitation des mines, le dessèchement des marais, le service de la navigation (3).

Enfin il importe de ne pas confondre la servitude de l'art. 682 avec les passages qui s'exercent sur les chemins ou sentiers d'exploitation (*chemins de desserte*) qui sont la copropriété des riverains, quand ils ne sont pas propriétés communales (4).

1069. En dehors des servitudes naturelles ou légales du code civil, l'exercice du droit de propriété doit être limité de façon à ne pas causer certains dommages aux héritages voisins ; ces limites générales de l'exercice du droit de propriété ont été précisées plus haut, à propos de l'art. 544 (5).

CHAPITRE IV

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME

1070. Il n'y a de véritables servitudes que celles dont s'occupe notre chapitre, celles qui résultent du fait de l'homme. Ce sont les seules, en effet, qui constituent une exception au droit commun de la propriété foncière en France. Nous avons déjà noté (6) que les diverses restrictions au droit de pro-

(1) Rennes, 31 janvier 1880, S., 81. 2. 62.
(2) Aubry et Rau, III, § 243, p. 33.
(3) Demolombe, XII, n. 645.
(4) V. *supra*, n. 808.
(5) V. *supra*, n. 217 s.
(6) V. *supra*, n. 818.

priété, établies par le législateur, dans les chapitres I et II, sous les noms de *servitudes naturelles* et de *servitudes légales*, constituent le droit commun de la propriété foncière et que, par suite, dans une langue juridique bien faite, elles ne devraient pas être désignées sous le nom de *servitudes*, la servitude supposant, ainsi que son nom lui-même l'indique, une exception au droit commun de la liberté des fonds.

SECTION PREMIÈRE

DES DIVERSES ESPÈCES DE SERVITUDES QUI PEUVENT ÊTRE ÉTABLIES SUR LES BIENS

§ I. *Des restrictions apportées à la liberté d'établir toutes sortes de servitudes.*

1071. On ne pouvait, sans porter atteinte au droit d'omnipotence des propriétaires, déterminer d'une manière limitative les diverses servitudes qu'il leur serait permis d'établir sur leurs héritages ou au profit de leurs héritages. Aussi l'art. 686 al. 1 dispose-t-il : « *Il est permis aux propriétaires* » *d'établir sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés* » *telles servitudes que bon leur semble...* » Le principe est donc celui de la liberté. Mais, aussitôt après l'avoir consacré, la loi y apporte deux restrictions qu'elle formule en ces termes : « *pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés* » *ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seule-* » *ment à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces servi-* » *ces n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public* ».

1072. Première restriction. Les particuliers ne peuvent pas établir sur leurs fonds ou au profit de leurs fonds des servitudes contraires à l'ordre public. Telle serait une servitude de passage constituée pour favoriser la contrebande. La pratique n'offre guère d'exemples de servitudes de ce genre, et nous n'y insisterons pas davantage.

La jurisprudence a eu seulement l'occasion d'affirmer que certains droits concédés n'étaient pas contraires à l'ordre public ; ainsi un arrêt a décidé que l'ordre public ne recevait aucune atteinte dans la convention autorisant le propriétaire

d'une maison à ouvrir des fenêtres sur la cour voisine et à jeter des immondices par ces fenêtres (1).

1073. DEUXIÈME RESTRICTION. Elle est indiquée par ces mots de notre article « pourvu néanmoins que les services établis » ne soient imposés ni *à la personne* ni *en faveur de la per-* » *sonne* mais seulement *à un fonds* et *pour un fonds* ».

La loi dit tout d'abord que les services établis ne doivent pas être imposés *à la personne*, mais seulement *à un fonds*. Cette disposition signifie que la servitude ne peut pas consister en une prestation personnelle imposée au propriétaire d'un fonds *en cette qualité*, de sorte qu'il cesserait d'en être tenu en cessant d'être propriétaire du fonds, et que le nouveau propriétaire en serait tenu à sa place. Ainsi, je ne puis m'obliger *en qualité de propriétaire d'un fonds* à labourer le vôtre ou à curer vos fossés, de telle sorte que je serai tenu de cette obligation tant que je conserverai la propriété du fonds, et que celui qui me succèdera dans le fonds en sera tenu à ma place. Je puis bien contracter un semblable engagement *personnellement*, en vous louant mes services pour un certain temps (art. 1780), mais je ne puis pas le contracter *réellement*, c'est-à-dire *en qualité de propriétaire d'un fonds*, par conséquent pour moi et pour ceux qui me succèderont dans le fonds.

Cependant il résulte de l'art. 698 que le propriétaire du fonds assujetti peut être obligé *en cette qualité* à faire les travaux nécessaires pour l'exercice de la servitude, par exemple à entretenir le chemin par lequel s'exerce une servitude de passage. Mais ici, qu'on le remarque bien, la prestation personnelle ne constitue pas la servitude, comme dans les exemples cités tout à l'heure ; elle n'en est que l'accessoire. C'est le fonds qui doit la servitude, et le propriétaire de ce fonds ne s'engage à faire certains travaux que pour en faciliter l'exercice. Il n'y a donc pas antinomie entre l'art. 686 al. 1 et l'art. 698 (2).

(1) Montpellier, 8 juillet 1879, S., 80. 2. 48, D., 80. 2. 24. — Cpr. toutefois Cass., 29 avril 1872, S., 73. 1. 308, D., 73. 1. 132. — Pau, 16 juin 1890, D., 91. 2. 185, S., 92. 2. 313.

(2) Cpr. *infra*, n. 1130.

1074. En second lieu, notre texte dit que les services ne doivent pas être établis *en faveur de la personne,* mais seulement *pour un fonds*. Prise à la lettre, cette formule proscrirait les servitudes personnelles (usufruit, usage et habitation). Ce sont bien là en effet des servitudes établies en faveur d'une personne, et non en faveur d'un fonds. Mais telle n'a point été la pensée du législateur. Il autorise en effet, par des dispositions antérieures, l'usufruit, l'usage et l'habitation. Seulement il les considère comme des *appendices* de la propriété et évite de les qualifier de servitudes personnelles. Ce qu'il a voulu proscrire, ce sont les services qui devraient profiter à une personne *en qualité de propriétaire d'un fonds,* sans profiter à ce fonds lui-même. Ainsi je ne puis pas stipuler *en qualité de propriétaire d'un fonds,* c'est-à-dire pour moi et pour tous ceux qui me succèderont dans ce fonds, le droit de cueillir des fleurs sur l'héritage voisin, ou le droit de promenade sur cet héritage, ou encore (ce qui toutefois est un peu plus douteux) le droit de chasser sur les terres ou de pêcher dans les eaux d'un autre fonds. Je puis bien stipuler ces divers avantages pour ma personne, soit pour la durée de ma vie, à titre de servitude personnelle (droit d'usage restreint), soit comme simple droit personnel, pour un temps déterminé : mais je ne puis les stipuler pour mon fonds, leur imprimant ainsi le caractère des servitudes ou services fonciers, parce qu'ils ne profiteraient pas à ce fonds, en ce sens qu'il est impossible de les considérer comme établis pour son *usage* ou son *utilité* (art. 637) : ils procureraient seulement un agrément à la personne de celui qui en serait propriétaire (1).

En pratique, la difficulté a été soulevée surtout à l'occasion du droit de chasse et de pêche. Ces droits peuvent, sans aucun doute, être établis comme droits personnels et faire l'objet d'un bail ; c'est même l'hypothèse la plus habituelle. Mais rien n'empêche, croyons-nous, de les constituer comme ser-

(1) La formule du Code allemand est plus précise; l'art. 1078 dispose : « un immeuble peut être grevé *au profit du propriétaire,* quel qu'il soit, *d'un autre immeuble* » ; et l'article suivant ajoute que la servitude ne peut consister que dans une charge qui offre de l'utilité pour l'usage d'un fonds dominant. Cf. Planiol, *op. cit.*, n. 1897 à 1900.

vitudes personnelles et à titre de droits d'usage restreint ; l'opinion contraire, qui exige nécessairement un contrat de bail pour la naissance du droit de chasse ou de pêche, ne s'appuie sur aucun argument sérieux (1). Mais les mêmes droits peuvent-ils être constitués à titre de servitudes réelles, au profit de tous les propriétaires successifs d'un héritage ? On a soutenu l'affirmative et la jurisprudence a même consacré pendant assez longtemps cette solution (2) ; elle paraît maintenant vouloir se fixer dans l'autre sens, évolution qui mérite d'être approuvée (3). En effet, sauf peut-être en des circonstances de fait très exceptionnelles, le droit de chasse ne procure au fonds lui-même aucun avantage, aucune utilité ; l'agrément seul du propriétaire est en cause, si bien que le droit de chasse se conçoit parfaitement sans que son titulaire possède aucune propriété ; le droit a pour objet un fonds quelconque, quelle qu'en soit la distance ; ainsi le titulaire habitant Paris aura ses chasses sur un terrain situé en Sologne. Dans tous les cas, le droit est le même au point de vue des avantages qu'il procure ; il n'intéresse que la personne de celui qui l'exerce, et son utilité dépend de la passion plus ou moins vive de cette personne pour la chasse.

1075. Ainsi les droits stipulés pour l'agrément individuel du propriétaire d'un fonds ne sauraient être établis comme servitudes réelles. En serait-il de même si les droits avaient été créés pour les besoins domestiques d'une maison, dans l'intérêt de la famille et du ménage ? Souvent ces droits seront constitués comme servitudes personnelles ; mais il est permis de leur assigner le caractère de servitudes réelles ; en effet, en stipulant, par exemple, le droit de puiser de l'eau à la fontaine du voisin, non pour l'irrigation d'un héritage, mais pour le service domestique de la maison, ou le droit de pren-

(1) V. dans le sens de l'opinion adoptée, Aubry et Rau, III, § 247, p. 62 ; Demolombe, XII, n. 686 ; Laurent, VII, n. 146. — *Contra* Pardessus.

(2) V. notamment Cass., 4 janv. 1860, S., 60. 1. 743, D., 60. 1. 14. — Bourges, 29 août 1865, S., 66. 2. 11. — V. dans le même sens Toullier, IV, n. 19 ; Daviel, *Des cours d'eau*, III, n. 933 ; Toullier, II, n. 356.

(3) Cass. cr., 9 janvier 1891, S., 91. 1. 489, D., 91. 1. 89. — Paris, 26 juin 1890, S., 91. 2. 230, D., 91. 2. 233. — V. dans le même sens Aubry et Rau, III, § 247, p. 62 ; Demolombe, XII, n. 686 ; Laurent, VII, n. 146 ; Demante, II, n. 541 *bis*, III.

dre dans la forêt voisine le bois indispensable au chauffage, on a cherché souvent l'intérêt de la maison, on a voulu en accroître la commodité, la compléter en quelque sorte, en lui procurant des avantages accessoires, mais d'une utilité incontestable ; des circonstances de fait viennent parfois renforcer encore ce raisonnement ; il s'agit, par exemple, d'une maison éloignée de toute communication et ne pouvant se procurer que difficilement le bois nécessaire au chauffage ; la maison serait incomplète sans la servitude permettant de couper ce bois dans la forêt voisine ; il s'agit donc bien d'une charge établie au profit d'un fonds (1).

1076. Plus délicate est la question de savoir si une servitude réelle peut être imposée à un fonds dans l'intérêt de l'industrie ou du commerce exercés par le propriétaire d'un autre fonds. Il faut voir si le service doit profiter au fonds, ou seulement à la personne de son propriétaire. Le service profiterait au fonds et serait susceptible par conséquent d'être établi comme servitude réelle, si le fonds dominant était spécialement aménagé pour l'exercice d'une industrie ou d'un commerce déterminés en vue desquels le service serait créé. Ainsi, propriétaire d'un fonds, sur lequel j'ai établi une tuilerie, je puis stipuler au profit de ce fonds et comme servitude réelle le droit d'extraire de l'argile d'un fonds voisin. La valeur de mon fonds considéré comme tuilerie en sera augmentée ; par conséquent la servitude profite au fonds. De même au profit d'un bâtiment exploité comme auberge, le propriétaire peut stipuler le droit de déposer les charrettes et voitures de ses clients sur le terrain d'autrui et d'y établir les jours de fêtes des tables pour les consommateurs (2). Il

(1) La tradition est en ce sens : on considérait autrefois comme de véritables servitudes réelles les concessions en vertu desquelles certaines maisons, ou même toutes les habitations d'une commune étaient autorisées à prendre leur bois dans une forêt ; Demolombe, XII, n. 683 ; Laurent, VII, n. 145. — Le droit de puisage a sans aucun doute le caractère d'une servitude, que le fonds dominant soit ou non bâti, et que le droit ait été stipulé pour les besoins d'un ménage ou pour l'utilité d'un terrain en culture. — La cour de Pau (16 juin 1890, S., 92. 2. 313, D., 91. 2. 165), a décidé que le droit de moudre dans un moulin déterminé le blé nécessaire à la consommation du ménage ne pouvait être établi à titre de servitude réelle.

(2) Paris, 26 mai 1857, S., 58. 2. 117.

n'est pas exact, en effet, d'affirmer qu'un héritage n'est « ni commerçant ni industriel » (1) ; lorsqu'une maison, un bâtiment se trouvent aménagés pour une destination spéciale et qu'on obtient la concession d'un droit ayant pour but de faciliter l'exploitation elle-même, ce droit est bien créé au profit du fonds et il peut prendre le caractère d'une servitude réelle. C'est pourquoi l'on pourrait soutenir, à la rigueur, que le propriétaire de deux maisons, dont l'une est spécialement aménagée pour servir d'hôtellerie, peut vendre l'autre en la grevant de cette servitude qu'elle ne pourra pas être consacrée au même usage (2).

Toutefois il importe, en des hypothèses semblables, d'examiner de plus près les circonstances de fait, de voir si la convention n'a pas pour but de mettre le vendeur à l'abri de la concurrence d'un rival, de faciliter l'exercice de sa profession, de son commerce, plutôt que de procurer un avantage au fonds lui-même, c'est-à-dire au siège et à l'instrument essentiel de l'exploitation commerciale ; en ce cas, le droit ne pourrait être concédé à titre de servitude réelle : ainsi la clause qui interdit à l'acquéreur le droit d'extraire du fonds vendu des cendres minérales sans le consentement du vendeur, qui se livre à l'exploitation de ce produit, devrait s'analyser en une obligation personnelle à la charge de l'acquéreur (3). De même le propriétaire d'une forêt, qui fait le commerce des échalas, ne pourrait pas, en vendant une partie de son terrain, imposer à titre de servitude réelle au nouveau propriétaire

(1) Ce sont les expressions mêmes de Laurent, VII, n. 149.

(2) Grenoble, 26 mai 1858, S., 59. 2. 37. — A défaut d'un aménagement spécial du fonds, il faudrait plutôt considérer la stipulation comme faite dans l'intérêt industriel ou commercial de l'une des parties et comme exclusive, par suite, d'un droit de servitude. — Pau, 10 fév. 1896, *Fr. jud.*, 96. 2. 149. Le vendeur d'un immeuble s'était interdit à lui et à ses héritiers, dans l'intérêt de l'acheteur, d'extraire du marbre dans la partie du fonds qu'il avait conservée. La question d'aménagement spécial du fonds serait d'ailleurs analogue à celle qui se pose à propos de l'immobilisation par destination des meubles placés dans une hôtellerie. V. *supra*, n. 76 s.

(3) Cass., 8 juill. 1851, S., 51. 1. 599, D., 51. 1. 188. — De même la convention par laquelle une partie s'interdit à perpétuité d'extraire des pierres de taille dans certains terrains lui appartenant a pu être interprétée comme conférant un simple droit personnel, malgré l'emploi du mot servitude dans l'acte. Cass., 20 mars 1900, S., 00. 1. 525.

et à ses successeurs dans le fonds l'obligation de ne pas faire le commerce des échalas, une semblable charge devant profiter au propriétaire du fonds, dont elle favorise le commerce, plutôt qu'au fonds lui-même.

Il est donc indispensable d'examiner le but recherché par les parties et les résultats du droit concédé; si l'on peut, par exemple, stipuler comme servitude réelle le droit de couper des échalas dans une forêt pour l'utilité d'un vignoble voisin, il n'en est plus de même du droit accordé à un tonnelier ou à un menuisier de prendre, dans cette forêt, du bois pour l'exercice de leurs professions.

Ainsi, dans beaucoup d'hypothèses, on devra rechercher si le droit créé constitue une servitude réelle ou une servitude personnelle, ou bien encore s'il n'a que la valeur d'un simple droit de créance. Il appartiendra au juge d'interpréter l'intention des parties, de se décider d'après les circonstances de fait, d'après la nature particulière du droit concédé, d'après le but et l'objet de la convention, en ayant soin de voir tout d'abord, pour faciliter la solution, si quelqu'une des conditions essentielles à l'existence des servitudes ne fait pas défaut (1) : il est évident, par exemple, qu'on écartera toute idée de servitude réelle, si le titulaire du droit n'est propriétaire d'aucun immeuble, ou si les immeubles qu'il possède se trouvent très éloignés du fonds sur lequel doit s'exercer l'avantage concédé.

1077. En résumé, la double règle que la servitude ne peut pas être imposée à la personne ni en faveur de la personne signifie : d'une part, qu'une servitude ne peut pas avoir pour objet direct et principal des services qui seraient imposés à une personne en qualité de propriétaire d'un fonds plutôt qu'au fonds lui-même; et, d'autre part, qu'on ne peut pas grever un fonds, à titre de servitude réelle, de services qui devraient

(1) Ainsi lorsqu'un meunier, en vendant son moulin, se réserve pour lui et ses successeurs à perpétuité le droit d'y faire moudre gratuitement la farine destinée à la consommation de sa maison, cette convention ne peut créer une servitude : en effet, elle impose un travail, un service à l'acquéreur, résultat contraire à l'art. 686, d'après lequel la servitude ne doit pas être imposée à la personne. — Planiol, *op. cit.*, n. 1902. — Pau, 16 juin 1890, D., 91. 2. 185, S., 92. 2. 313; Cpr. cep Cass., 6 juill. 1874, D., 75. 1. 372; S., 75. 1. 103.

profiter à la personne du propriétaire d'un autre fonds, plutôt qu'à ce fonds lui-même; ou encore, comme le dit Demante, on ne peut ni imposer à la propriété d'un fonds la charge d'un service personnel, ni attacher à la propriété d'un fonds des prérogatives qui profiteraient au maître, sans augmenter l'agrément ou l'utilité du fonds lui-même. L'histoire nous fournit un exemple bizarre et bien connu d'une servitude imposée à la fois à la personne et en faveur de la personne. Nous voulons parler de l'obligation de battre un étang imposée à son propriétaire pour empêcher que les grenouilles ne troublent le sommeil du seigneur voisin.

1078. En interdisant l'établissement de servitudes qui seraient imposées à la personne ou qui profiteraient à la personne, le législateur du code civil a voulu une fois encore confirmer l'abolition de la féodalité. Sous le régime féodal, le possesseur d'un fonds devait certains services par cela seul qu'il était le possesseur de ce fonds, il les devait au possesseur d'un autre fonds parce que ce dernier fonds était au-dessus du sien dans la hiérarchie féodale. C'est ainsi, notamment, que le possesseur d'un fief devait à son suzerain les services d'*ost*, de *cour* et de *conseil*, et aussi ces contributions extraordinaires qu'on appelait les *aides féodales*. C'est ainsi encore que le possesseur d'une censive était tenu envers le seigneur censier du paiement du *cens*, c'est-à-dire d'une prestation pécuniaire et périodique. Le premier devait les services personnels ou les subsides extraordinaires, à raison de la possession du fief, et le second devait le cens à raison de la possession de la censive. Le législateur a voulu empêcher qu'on ne ressuscitât le régime féodal en stipulant des services de ce genre. Telle est d'ailleurs l'explication donnée par le tribun Gillet, lors de la discussion au corps législatif [1] : « Aujourd'hui que ces trois espèces de droits (l'usufruit, l'usage et l'habitation) se trouvent avec raison traités dans notre code civil comme des appendices de la propriété, il ne saurait plus y avoir de servitudes mixtes ou personnelles que celles dont les institutions féodales fourniraient le modèle; et c'est pour

[1] Fenet, XI, p. 338.

cela qu'on a dû prendre soin de supprimer cette voie par laquelle elles auraient pu se reproduire ». C'est donc la même préoccupation qui a inspiré la disposition de l'art. 638 et celle de l'art. 686. L'art. 638 vise la hiérarchie foncière qui formait la base de la féodalité, et l'art. 686 les services personnels qui étaient dus à raison de cette hiérarchie.

1079. Aux termes de l'art. 686 al. 2 : « *L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue : à défaut de titre, par les règles ci-après* ».

Nous retrouverons cette disposition sous les art. 697 s.

§ II. *Division des servitudes.*

1080. La loi nous indique ici trois divisions des servitudes résultant du fait de l'homme : 1° servitudes urbaines et servitudes rurales; 2° servitudes continues et servitudes discontinues; 3° servitudes apparentes et servitudes non apparentes.

A. *Servitudes urbaines et servitudes rurales.*

1081. « *Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre. — Celles de la première espèce s'appellent* urbaines, *soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne. — Celles de la seconde espèce se nomment* rurales » (art. 687). Personne n'ayant pu dire quelle est l'utilité de cette distinction calquée, d'une façon inexacte d'ailleurs, sur le droit romain où elle jouait un rôle important, et usitée aussi dans certaines coutumes (1), nous nous bornerons à citer le texte qui la consacre. Elle devrait disparaître. A quoi bon surcharger la science du droit de distinctions inutiles?

B. *Servitudes continues et servitudes discontinues.*

1082. Si la distinction précédente est sans intérêt pratique, celle-ci au contraire présente une importance capitale au point de vue de l'établissement et de l'extinction des servitudes (2). Aussi convient-il d'y insister.

(1) V. notamment Cout. d'Anjou, art. 449.
(2) V. *infra*, n. 1099 s., 1115 s., 1155 s.

Cette distinction a pris dans le code là même place et y joue le même rôle que, dans le droit romain, la distinction précédente; c'est du reste le commentaire des textes romains qui a permis à nos anciens auteurs de découvrir le germe de cette division nouvelle, sortie, comme un produit, de la division romaine; en effet, comme il est facile de le remarquer, la plupart des servitudes urbaines ont le caractère de continuité. Plus savante et plus dogmatique, en apparence, la distinction actuelle soulève cependant des critiques justifiées (1).

Lisons tout d'abord l'art. 688, qui contient des définitions précieuses : « *Les servitudes sont continues ou discontinues.* — » *Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut* » *être continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme :* » *tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de* » *cette espèce.* — *Les servitudes discontinues sont celles qui* » *ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées; tels* » *sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables* ».

1083. Les servitudes *discontinues,* dont nous parlerons tout d'abord, sont celles « qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées ». Ce qui les caractérise, c'est que leur exercice ne survit pas au fait de l'homme : il cesse dès que ce fait cesse de se produire. Telle est la servitude de passage : elle s'exerce chaque fois que le propriétaire du fonds dominant passe sur le fonds servant, et seulement pendant le temps qu'il met à passer. La loi cite encore des servitudes de puisage (2), de pacage (3). On peut ajouter la servitude d'extraire de la marne ou du sable, la servitude d'abreuvage (4).

1084. Ces servitudes restent discontinues dans le cas même où, pour en permettre l'exercice, on a établi des ouvrages apparents. En effet le rapprochement des art. 688 et 689 démontre que le code a souligné deux divisions distinctes et qu'il ne faut

(1) V. *infra,* n. 1084 et 1109.

(2) Cass., 28 avril 1846, S., 46. 1. 380, D., 46. 1. 206. Une servitude consistant en un droit de passage, parcours et pâturage est également discontinue. Cass., 3 juil. 1895, D., 96. 1. 108.

(3) Cass., 16 juill. 1901, D., 01. 1. 461.

(4) Cass., 5 juill. 1900, D., 01. 1. 294, S., 02. 1. 502.

pas confondre « apparence » et « continuité ». Une servitude de passage qui s'annonce par une porte, dont la clef a été remise au propriétaire du fonds dominant, ou pour laquelle on a fait des travaux apparents, un chemin, par exemple, à travers le fonds voisin, un ponceau sur un fossé, n'en est pas moins discontinue, d'après la classification du code (1). Certes plus d'un trait de ressemblance existe entre cette servitude apparente de passage et une servitude de vue, qui s'exerce à l'aide d'une terrasse ou d'un belvédère; ne faut-il pas toujours le fait de l'homme, ici pour regarder et là pour passer? Si, dans un cas, la seule existence de la terrasse suffit pour constituer une menace permanente de vue, une servitude continue, pourquoi la porte toujours prête à livrer passage, pourquoi les travaux apparents n'entraîneraient-ils pas avec eux le caractère de continuité, en marquant d'un signe permanent et certain l'empiétement effectué sur le droit d'autrui? Cette remarque contient une large part de vérité; il est difficile, en effet, de justifier la différence énorme qui, au point de vue de la prescription acquisitive, sépare la servitude de vue, de la servitude de passage, quelles que soient par ailleurs les conditions d'exercice de cette dernière (2). Telle est, cependant, la théorie du code et l'interprète ne peut qu'en signaler les imperfections.

1085. Les servitudes *continues* sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans le fait *actuel* de l'homme. La loi ne dit pas *sans le fait de l'homme*, mais bien *sans son fait* ACTUEL. En effet, les servitudes dites *continues* supposent l'intervention du fait de l'homme, au moins pour leur établissement, et souvent pour leur exercice, qui nécessite ordinairement certains travaux, tels qu'une construction ou une terrasse artificielle (3), s'il s'agit d'une servitude de vue. Mais ce qui caractérise la servitude continue, c'est qu'une fois

(1) Cass., 24 nov. 1835, S., 36. 1. 52, D., 35. 1. 442; 9 mars 1846, S., 46. 1. 307. — Grenoble, 3 fév. 1849, S., 49. 2. 572, D., 49. 2. 235. — Nîmes, 1er juill. 1845, S., 46. 2. 14, D., 46. 2. 61. — Aubry et Rau, III, § 248, p. 67; Demolombe, XII, n. 719 et 771; Laurent, VIII, n. 128.

(2) V. *infra*, n. 1109.

(3) Cass., 28 décembre 1863, S., 64. 1. 123, D., 64. 1. 163.

qu'elle est établie et que les choses sont mises dans l'état nécessaire pour son exercice, elle s'exercera toute seule et indéfiniment sans une nouvelle intervention de l'*homme*, c'est-à-dire du propriétaire du fonds dominant, sans son fait actuel, comme le dit la loi, par conséquent en son absence aussi bien qu'en sa présence, pendant son sommeil aussi bien que quand il veille.

1086. Ainsi la loi cite comme exemple de servitudes continues les conduites d'eau (servitude d'*aqueduc*, de *aquam ducere*). Le fait de l'homme est nécessaire pour l'établissement de cette servitude : il se produira le plus ordinairement sous forme de convention entre les propriétaires. Puis, la servitude une fois créée, le fait de l'homme sera nécessaire encore pour établir l'aqueduc sur le fonds servant : il faudra placer des tuyaux ou creuser un canal. Mais, une fois ces tuyaux faits, la servitude s'exercera toute seule, sans l'intervention active de l'homme ; l'aqueduc une fois établi, l'eau suivra indéfiniment la voie qui lui a été ouverte, à travers le fonds servant, et arrivera ainsi d'elle-même au fonds dominant. Peut-être la servitude ne s'exercera-t-elle pas sans intermittences, car il est possible que la source qui alimente l'aqueduc se tarisse à certaines époques de l'année ; mais peu importe, la servitude n'en sera pas moins continue, parce qu'elle s'exerce d'elle-même et sans le fait *actuel* de l'homme, toutes les fois que la source fournit de l'eau (1). Elle ne cesserait même pas d'être continue par suite de cette circonstance que l'aqueduc serait muni d'une pelle ou vanne qu'il faudrait lever pour donner passage à l'eau. En effet, la vanne une fois levée, l'eau coule indéfiniment ; de sorte qu'il est vrai de dire que la servitude s'exerce sans le fait *actuel* de l'homme (2).

(1) Les anciens auteurs appelaient servitudes *quasi-continues*, celles dont l'exercice était intermittent. — V. Cœpolla, *Tract.*, I, cap. XIX, 2 ; Merlin, *Rép.*, v° *Servitudes*, § 8.

(2) Cass., 23 nov. 1898, D., 99. 1. 37 ; 25 octobre 1887, S., 88. 1. 309, D., 88. 1. 106 ; 6 août 1872, S., 73. 1. 127 ; 17 décembre 1861, S., 63. 1. 83, D., 62. 1. 484. — N'en est-il pas de même souvent pour la servitude de vue, dont l'exercice est interrompu et rétabli par la fermeture et l'ouverture des volets de la fenêtre ? On trouve encore des solutions analogues pour la servitude d'écoulement des eaux d'un étang, dont il est nécessaire de lever la bonde. — Cass., 18 juin 1851, S., 51.

1087. La loi cite ensuite comme exemple de servitudes continues la servitude de vue. Si l'homme n'est pas toujours à la fenêtre pour regarder sur l'héritage voisin, la fenêtre est toujours là, menaçant le voisin, qui peut craindre d'être vu sans voir lui-même. En ce sens, on peut dire que la fenêtre est un regard permanent sur l'héritage d'autrui. Et puis les fenêtres ne servent pas seulement à regarder; elles sont aussi destinées à fournir l'air et la lumière, et elles remplissent ce double office, le second surtout, sans le fait *actuel* de l'homme.

Bien que la solution ne soit plus aussi facile à justifier, il faut admettre que la servitude de vue est toujours continue, de quelle façon qu'elle s'exerce, soit par une fenêtre, soit au moyen d'une terrasse (1) et quelle qu'en soit l'importance, servitude de vue proprement dite ou de *prospect* (2).

1088. Enfin la loi cite les *égouts*. Que cette disposition s'applique à l'égout des toits, c'est incontestable (3). Le fait de l'homme est bien nécessaire au début pour l'établissement de cette servitude : il devra nécessairement intervenir pour disposer le toit de la maison ou les tuyaux de conduite de manière que l'eau se déverse sur l'héritage voisin; mais, une fois ces travaux exécutés, la servitude s'exercera d'elle-même. Elle ne s'exercera pas d'une manière continue, il est vrai, car il ne pleut pas toujours; mais elle s'exercera toutes les fois qu'il pleuvra, sans l'intervention de l'homme, sans son fait actuel. *Licet non exerceatur semper, tamen semper apta est exerceri sine facto hominis,* dit Cœpolla.

1089. Mais la disposition de la loi s'applique-t-elle aussi à la servitude d'égout des eaux ménagères ou servitude d'évier? J'ai disposé mon évier de façon que les eaux qui en

1. 513, D., 51. 1. 296. — Ou pour une servitude de prise d'eau établie dans des conditions très spéciales. — Cass., 19 juillet 1864, S., 64. 1. 361, D., 64. 1. 341. — Ou pour une servitude de prise de vent établie au profit d'un moulin. — Cass. belg., 25 mars 1897, D., 98. 2. 79.

(1) Cass., 28 déc. 1863, S., 64. 1. 123, D., 64. 1. 163.

(2) Laurent, VIII, n. 130. — Cpr. Orléans, 23 déc. 1840, D. *Rép.*, v° *Servitude,* n. 1019.

(3) Cass., 19 juin 1865, S., 65. 1. 337, D., 65. 1. 478; 10 déc. 1888, D., 89. 1. 157. — Pau, 21 mars 1888, D., 89. 2. 103.

découlent se déversent sur votre fonds par un tuyau de conduite, et vous recevez ces eaux sans vous plaindre. La servitude que vous subissez ainsi est-elle continue ou discontinue? La question est très importante; car si la servitude est continue, elle sera susceptible de s'établir par la prescription, c'est-à-dire par un exercice trentenaire (arg. art. 690); tandis qu'elle ne pourra pas s'établir par ce moyen si elle est discontinue (arg. art. 691).

La question présente également de l'intérêt au point de vue de l'établissement de la servitude par la destination du père de famille (1) et au point de vue de l'action possessoire, les servitudes continues et apparentes pouvant régulièrement former l'objet d'une action possessoire, tandis que les servitudes discontinues ne le peuvent qu'exceptionnellement, lorsque la possession de celui qui prétend avoir droit à une semblable servitude est colorée par un titre émané du propriétaire du fonds servant (2).

D'après la jurisprudence, la servitude d'évier est discontinue. Dans son dernier arrêt sur cette question (3), la cour de cassation dit « que la servitude d'évier a pour destination spéciale l'écoulement des eaux ménagères et que cet écoulement n'a et ne peut avoir lieu que par le fait actuel et incessamment renouvelé de l'homme... » (4). Incontestablement, le fait de l'homme est nécessaire pour que la servitude s'exerce; l'eau ne coulera que lorsqu'on la versera dans l'évier. Mais elle coulera pendant un certain temps encore après que le fait de l'homme aura cessé de se produire, et on ne peut s'empêcher de remarquer l'analogie qui existe à ce point de vue entre la servitude d'évier et la servitude d'aqueduc, qui ne peut s'exercer qu'en levant une vanne, circonstance qui

(1) V. *infra*, n. 1115 s.

(2) Cpr. Cass., 13 mars 1889, S., 89. 1. 257, et 30 juill. 1889, D., 90. 1. 427.

(3) Cass., 17 fév. 1875, S., 77. 1. 74, D., 76. 1. 504. — V. aussi Cass., 19 juin 1865, précité. — Aix, 31 janv. 1838, S., 38. 2. 348, et la consultation de Duranton, D., 38. 2. 400. — Bordeaux, 31 août 1866, S., 67. 2. 136. — Riom, 8 mars 1888, D., 88. 2. 215.

(4) Cpr. Cass., 13 juill. 1885, S., 87. 1. 429, D., 86. 1. 316. — Riom, 8 mars 1888, D., 88. 2. 215. — Pau, 29 janv. 1890, D., 91. 2. 122.

ne l'empêche pas d'être continue. L'analogie est plus grande encore avec la servitude de vue, que la loi déclare continue, bien qu'elle semble ne pouvoir s'exercer que moyennant le fait actuel de l'homme, sans doute parce que la fenêtre par laquelle elle s'exerce est une menace continuelle pour le voisin, qui peut toujours craindre qu'elle ne donne passage à quelque regard indiscret. N'en est-il pas absolument de même de la servitude d'évier? L'eau ne coule pas toujours, soit; mais il y a là le tuyau de conduite, qui est une menace permanente pour le voisin, de même que la fenêtre. De plus, les traces indélébiles que la servitude d'évier laisse ordinairement sur le sol, et les miasmes dont elle empeste l'air, offrent bien le caractère de la continuité. A ce double point de vue, il est rigoureusement exact de dire que l'exercice de la servitude survit au fait de l'homme. Si l'on ajoute que l'art. 688 attribue dans les termes les plus généraux aux *égouts* le caractère de servitudes continues, et que les servitudes discontinues ont été déclarées non susceptibles de s'établir par la prescription, parce qu'on peut considérer le voisin qui les subit comme acceptant un acte de simple tolérance (1), on pensera peut-être qu'il est difficile de se ranger sur ce point à l'avis de la cour suprême. La doctrine est divisée sur cette question (2).

Si nous nous séparons sur le point qui précède de la cour de cassation, nous admettons avec elle que la servitude de *lavage* (3) et celle d'abreuvage (4) sont discontinues. Et cela alors même que la servitude s'exerce au moyen d'un lavoir ou d'un abreuvoir ayant une assiette fixe et permanente (5). En effet

(1) V. *infra*, n. 1099.

(2) V. dans le sens de l'opinion soutenue au texte, Demolombe, XII, n. 712. — *Contra* Aubry et Rau, III, § 248, p. 68, texte et note 9; Laurent, VIII, n. 132; Duprel, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1846, III, p. 824; Dayras, *Rev. prat.*, 1876, XLI, p. 364 s.; Planiol, *op. cit.*, n. 1839.

(3) Cass., 14 fév. 1872, S., 72. 1. 31, D., 72. 265. — Il en est ainsi alors même que la servitude, créée pour laver des laines, s'exerce à l'aide d'une corbeille mobile, manœuvrée au moyen d'une poulie fixée à un balcon. — Cass., 1er juin 1864, S., 64. 1. 312, D., 64. 1. 339.

(4) Lyon, 5 avril 1871, S., 72. 2. 79, D., 73. 2. 183. — Pau, 29 mars 1893, D., 94. 2. 34.

(5) Cass., 4 déc. 1888, S., 90. 1. 105 et la note D., 89. 1. 193.

ici l'exercice de la servitude est rigoureusement lié au fait de l'homme : il commence et finit avec lui, sans jamais lui survivre.

C. *Servitudes apparentes et servitudes non apparentes.*

1090. « *Les servitudes sont apparentes, ou non apparentes.* » — *Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par* » *des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un* » *aqueduc.* — *Les servitudes non apparentes sont celles qui* » *n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par* » *exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne* » *bâtir qu'à une hauteur déterminée* » (art. 689) (1).

Notons tout de suite que la partie finale de l'article est mal rédigée. Au lieu de dire : « la prohibition... de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée », il aurait fallu dire : la prohibition de bâtir au-delà d'une hauteur déterminée. Il s'agit de la servitude *altius non tollendi*. Comme toutes les servitudes négatives, elle n'est pas apparente parce qu'aucun signe visible ne trahit son existence (2).

L'art. 684 emploie successivement les mots « ouvrages extérieurs » et l'expression « signe extérieur », reproduite par l'art. 694. Il n'est donc pas besoin qu'un *ouvrage*, au sens propre du mot, soit établi : il suffit d'un signe extérieur (3) ; en d'autres termes, et dans une formule plus précise, débarrassée de ces expressions ambiguës, la servitude apparente doit répondre à la condition de publicité requise par l'art. 2229 pour la possession ; il faut que la servitude, soit révélée

(1) Dans l'ancien droit, on disait servitudes *visibles* et *cachées*, ou bien encore servitudes *patentes* et *latentes*. — V. Merlin, *Rép.*, v° *Servitudes*, § 7.

(2) Cass., 6 juillet 1891, D., 92. 1. 244. — Alger, 7 déc. 1892, D., 93. 2. 273. — V. une application curieuse de cette idée dans une espèce où l'on voulait trouver dans une corniche établie tout autour d'une maison un signe apparent de la servitude *altius non tollendi*. — Cass., 26 juin 1867, S., 67. 1. 388, D., 67. 1. 254. — Le maintien de la corniche pendant trente ans donnait seulement au propriétaire de la maison le droit de conserver cet ornement et de le faire respecter par le voisin, désireux de construire. — Laurent, VIII, n. 200.

(3) Aubry et Rau, III, § 248, p. 68, texte et note 10; Demolombe, XII, n. 704. — Cass., 8 nov. 1854, S., 54. 1. 705. — Bourges, 13 déc. 1825, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitudes*, n. 1028. — Cependant l'application faite dans ce dernier arrêt paraît très douteuse. — *Contra* Laurent, VII, n. 135.

au propriétaire du fonds servant, averti d'une façon certaine et non équivoque de l'existence de cette servitude non pas nécessairement par des travaux effectués sur son propre fonds, mais au moins par un indice sensible pour lui (1).

La distinction précédente était basée sur la nature même des servitudes; la continuité ou la discontinuité est pour chaque servitude un caractère invariable, qui lui assigne une place immuable dans la classification de l'art. 688. Il en est autrement de la distinction posée dans l'art. 689. Une même servitude peut être tantôt apparente, tantôt non apparente. Ainsi la servitude d'aqueduc, qui s'exerce par des tuyaux placés à la surface du sol, est apparente, tandis que celle qui s'exerce par des tuyaux souterrains est non apparente. De même, la servitude de passage sera apparente si son existence est dénoncée par un chemin empierré ou par une porte, tandis qu'elle sera non apparente si aucun signe extérieur ne trahit son existence (2).

La servitude d'égout des toits, suivant les circonstances de fait, souverainement appréciées par les juges du fond, peut aussi être considérée comme non apparente (3).

1091. L'alliance des deux dernières divisions que nous venons d'indiquer peut amener les quatre combinaisons suivantes :

1° *Servitudes continues et apparentes.* Exemples : servitudes de vue, d'égout des toits.

2° *Servitudes discontinues non apparentes.* Exemples : servitude d'aqueduc souterrain, servitude *altius non tollendi.*

3° *Servitudes discontinues apparentes.* Exemple : servitude de passage s'annonçant par un chemin macadamisé.

4° *Servitudes discontinues non apparentes.* Exemples : servitudes de pacage, d'abreuvage.

(1) Cass., 24 janv. 1860, S., 60. 1. 317, D., 60. 1. 78; 19 juin 1865, S., 65. 1. 337, D., 65. 4. 478. — Caen, 3 juill. 1847, S., 48. 2. 363; Aubry et Rau, III, § 248, p. 69; Demolombe, XII, n. 715. — La formule proposée au texte permet d'éviter des solutions contestables, comme celle de l'arrêt de Bourges, 13 déc. 1825 cité à la note précédente.

(2) V. *supra*, n. 1084.

(3) Cass., 19 juin 1865, précité.

D. *Servitudes positives et servitudes négatives.*

1092. Nous ne ferons qu'indiquer cette distinction, qui n'est pas formulée par le code civil. La servitude *positive* est celle qui donne au propriétaire du fonds dominant le droit de faire quelque chose, par exemple de passer sur le fonds servant; la servitude *négative*, celle qui lui permet seulement d'exiger que le propriétaire du fonds servant s'abstienne de certains actes, qu'il aurait le droit d'accomplir en l'absence de la servitude, par exemple de bâtir.

Toutes les servitudes négatives sont, à la fois continues et non apparentes. Cette dernière distinction, non mentionnée dans le code, n'est donc pas dénuée de tout intérêt pratique. On en aura la preuve en traitant de l'extinction des servitudes (1).

SECTION II

COMMENT S'ÉTABLISSENT LES SERVITUDES

1093. Les servitudes s'établissent : 1° *par titre;* 2° *par la prescription;* 3° *par la destination du père de famille.*

Ce sont les seuls modes d'établissement des servitudes prévus par le code et il n'est pas permis d'ajouter à la liste. Ainsi une servitude réelle, pas plus qu'une servitude personnelle (2), ne peut être créée judiciairement, *ex officio judicis.* Dans un procès ayant pour objet exclusif une question de propriété, en l'absence de toute conclusion relative à l'existence d'une servitude, un jugement ne pourrait attribuer d'office à l'un des plaideurs un droit de servitude sur l'héritage voisin (3). Les jugements étant déclaratifs, le pouvoir du tribunal se réduit à admettre, s'il y a lieu, l'existence des servitudes contestées (4) et à faire application des titres qui les

(1) V. *infra*, n. 1159 et 1162. — Aubry et Rau, III, § 248, p. 69; Laurent, VIII, n. 143. — Cpr. Demolombe, XII, n. 722. — D'autre part cette dernière distinction facilite la classification précédente.

(2) V. *supra*, n. 459.

(3) Rouen, 28 août 1874, S., 76. 2. 23.

(4) Cass., 26 janv. 1875, S., 75. 1. 121, D., 76. 1. 124; 13 fév. 1877, S., 77. 1. 296, D., 78. 1. 259.

créent. La servitude résulte du titre, de la convention, bien que le juge soit intervenu lors de la formation du contrat, par exemple pour la rédaction d'un cahier de charges imposant des servitudes aux héritages soumis à une licitation, ou pour l'homologation d'un partage contenant création de servitudes au profit de certains lots (1).

§ I. *Du titre. Capacité requise pour constituer et pour acquérir une servitude.*

1094. « *Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent* » *par titre, ou par la possession de trente ans* » (art. 690). « *Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes* » *discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent* » *s'établir que par titres* » (art. 691 al. 1).

Toute servitude, quelle qu'elle soit, continue ou discontinue, apparente ou non apparente, peut donc être établie par titre.

La loi désigne ici sous le nom de *titre* le fait juridique (contrat ou testament) qui donne naissance à la servitude.

Les textes ne laissent aucun doute sur le sens exact du mot *titre* concurremment employé avec une périphrase qui désigne la prescription ; il s'agit bien de deux faits juridiques mis en regard l'un de l'autre (2).

Ailleurs elle emploie quelquefois cette même expression pour désigner l'acte écrit qui constate ce fait juridique, notamment dans l'art. 695 auquel nous arrivons à l'instant. Un acte écrit est toujours nécessaire, quand la servitude est établie à titre gratuit, soit par testament (arg. art. 969), soit par donation entre vifs (arg. art. 931) ; et, dans la pratique, les parties en dressent presque toujours un, quand la servitude est constituée à titre onéreux, au moyen d'une vente par exemple, parce qu'alors il faut nécessairement faire transcrire

(1) Aubry et Rau, III, § 249, p. 71 ; Demolombe, XII, n. 732 ; Laurent, VIII, n. 744. — La servitude ne peut non plus résulter de simples présomptions. — Cass., 6 juil. 1892, D.,92. 1. 488.

(2) Aubry et Rau, III, § 250, p. 72, texte et note 1 ; Laurent, VIII, n. 145.

le titre (l'écrit) pour rendre la constitution de servitude opposable aux tiers (loi du 23 mars 1855, art. 2-1°) (1).

La transcription est nécessaire pour les actes à titre onéreux, que la servitude soit apparente ou non apparente, mais elle n'est pas requise, si la servitude a été constituée à titre gratuit (2).

Mais, entre les parties, la convention à titre onéreux constitutive d'une servitude serait valable indépendamment d'un acte écrit, sauf les difficultés de la preuve, qui ne pourrait être offerte par témoins ni par présomptions (3) qu'en matière n'excédant pas 150 fr. (arg. art. 1341) ou s'il y avait commencement de preuve par écrit (arg. art. 1347), conformément aux règles du droit commun (4).

La preuve testimoniale serait encore admissible dans les cas exceptionnels prévus par l'art. 1348 C. civ., par exemple si le titre avait été détruit par force majeure (5). Les juges du fond sont, d'ailleurs, souverains pour l'interprétation du titre, de façon à trouver dans la commune intention des

(1) Rien ne peut remplacer la transcription vis-à-vis des tiers, Grenoble, 1er juill. 1902, *Gaz. Pal.*, 02. 2. 506.

(2) La question est cependant très discutée (Cf. Planiol, *op. cit.*, n. 1915). V. la partie du traité consacrée à la *Transcription*. — Lorsque la servitude est constituée à titre de vente, le propriétaire qui l'a concédée a-t-il le privilège du vendeur d'immeuble pour garantir le paiement du prix, et peut-il, par exemple, faire valoir ce privilège dans l'ordre ouvert après la vente du fonds dominant, jusqu'à concurrence de la plus-value procurée par la servitude constituée au profit de ce fonds? — V. dans le sens de l'affirmative Trib. civ. Seine, 28 juill. 1896, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 743. — V. en sens contraire Grenoble, 8 déc. 1896, *Rec. Grenoble*, 97. 156. — Paris, 10 mai 1898, *Le Droit*, 27 mai 1898. Cette dernière solution est préférable. — V. *Tr. des priv. et hyp.*, I, n. 569.

(3) Cass., 28 janv. 1874, S., 76. 1. 252, D., 76. 1. 423. — Aix, 23 avril 1890, et Cass., 16 juill. 1891, D., 93. 1. 30; 6 juill. 1892, précité.

(4) Cass., 16 déc. 1863, S., 64. 1. 125, D., 64. 1. 214; 2 juill. 1879, S., 79. 1. 400, D., 80. 1. 119; 16 juin 1890, S., 90. 1. 385. — Ce dernier arrêt, assez mal rédigé, confond le titre constitutif de la servitude (*negotium juridicum*) avec l'écrit qui constate l'établissement du droit (*instrumentum*). — Pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit, il faut tout d'abord produire une mention écrite émanant de l'adversaire ou de l'un de ses auteurs (Orléans, 19 mars 1898, *La Loi*, 6 mai 1898); il faut ensuite que la mention rende vraisemblable le fait allégué, c'est-à-dire l'existence même de la servitude contestée; une clause générale ayant le caractère d'une clause de style ne devrait pas être considérée comme suffisante pour constituer un commencement de preuve par écrit.

(5) Cass., 2 juill. 1879, précité.

parties la volonté d'établir une servitude (1). A défaut d'écrit, l'existence de la servitude pourrait aussi être établie au moyen d'un aveu (2) ou à la suite d'une délation de serment. Le code ne contient aucune règle concernant la rédaction de l'acte, les mentions qu'il doit contenir, à la différence des anciennes coutumes qui exigeaient une description complète, détaillée, de la servitude et de son mode d'exercice (3).

Grâce au principe de la liberté des conventions, une servitude peut se trouver soumise à une modalité quelconque, à un terme ou à une condition.

1095. Aux termes de l'art. 695 : « *Le titre constitutif de* » *la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir* » *par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre* » *récognitif de la servitude et émané du propriétaire du fonds* » *asservi* ».

Ce texte, sous sa formule équivoque et contournée, à laquelle on n'a pas ménagé les critiques, signifie simplement que, pour les servitudes qui s'acquièrent par prescription, il n'est pas absolument nécessaire de remplacer le titre primordial et constitutif par un *titre récognitif*, puisque la possession trentenaire forme par elle seule une preuve certaine de l'existence de la servitude; il n'était pas besoin d'un texte de loi pour cette remarque, et le législateur aurait pu, sans inconvénients, supprimer l'art. 695, le titre récognitif étant d'ailleurs gouverné par les règles générales sur l'aveu, puisqu'il a pour objet de constater la reconnaissance d'un droit au profit de son titulaire. On appelle, en effet, titre récognitif un nouvel acte écrit, destiné à en remplacer un autre anciennement rédigé.

Le titre récognitif doit émaner du propriétaire du fonds asservi; celui-là peut reconnaître l'existence d'un droit, qui a

(1) Cass., 26 janv. 1858, S., 59. 1. 73, D., 58. 1. 393; 14 fév. 1872, S., 72. 1. 381, D., 72. 1. 265; 18 janv. 1892, S., 92. 1. 120, D., 92. 1. 128. — Ils peuvent également déterminer, par interprétation de la volonté commune des parties, la portée et l'étendue de la servitude; ainsi l'interdiction de planter des arbres à haute tige peut être considérée comme une servitude de prospect entraînant la défense de bâtir. — Paris, 6 juil. 1896, D., 99. 2. 382.

(2) Cass., 15 janv. 1893, D., 93. 1. 82.

(3) V. notamment Cout. d'Orléans, art. 277. — Paris, art. 215.

la capacité ou le pouvoir de le constituer (1). Mais cette reconnaissance, cet aveu de la servitude ne sont pas nécessairement soumis à l'acceptation du propriétaire du fonds dominant; lorsque la reconnaissance, émanée du propriétaire du fonds servant, est consignée dans un acte fait en dehors du titulaire de la servitude, le juge, conformément aux principes qui régissent l'aveu extrajudiciaire, est libre d'y trouver une preuve complète de l'existence de la servitude ou un commencement de preuve par écrit rendant admissible la preuve testimoniale (2). L'aveu subsiste et conserve tout son effet, malgré l'annulation ou la révocation de l'acte juridique dans lequel il était mentionné (3).

Le propriétaire du fonds dominant devra se procurer un titre récognitif de la servitude, lorsque le titre constitutif aura été perdu ou détruit. Si le propriétaire du fonds assujetti refuse de le délivrer, il pourra y être contraint judiciairement. Du moins le juge devant lequel il sera assigné en reconnaissance de servitude pourra, s'il refuse de le fournir, rendre un jugement qui en tiendra lieu.

Le propriétaire du fonds dominant ne peut obliger le propriétaire du fonds servant à lui remettre un titre récognitif que s'il a un intérêt certain à cet égard; ainsi, en dehors de la perte ou de la destruction du titre primitif, l'intérêt existe en face des art. 703 et 704; le titre nouvel empêcherait la prescription de s'accomplir, mais la délivrance du titre nouvel n'est nullement fondée sur l'art. 2263, qui, écrit pour l'hypothèse d'une rente, n'est pas applicable aux servitudes; les frais du titre nouvel seront supportés en principe par le propriétaire du fonds dominant, à moins que, par une résistance injustifiée, le propriétaire du fonds servant n'ait rendu nécessaire un débat en justice.

Pour pouvoir remplacer le titre primordial, le titre réco-

(1) Les actes émanés de celui qui se prétend titulaire de la servitude, ou de ses auteurs, quelle que soit l'ancienneté de leurs mentions, n'ont, même appuyés sur une longue possession, aucune valeur probante. — V. Bordeaux, 28 mai 1834, S., 34. 2. 554, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 996. — Rouen, 20 août 1874, S., 76. 2. 23. — Aubry et Rau, III, § 250, p. 77; Demolombe, XII, n. 753; Laurent, VIII, n. 150.

(2) Cpr. Cass., 16 décembre 1863, S., 64. 1. 125, D., 64. 1. 215.

(3) Cpr. Cass., 11 déc. 1861, S., 62. 1. 513, D., 62. 1. 79; Laurent, VIII, n. 152.

gnitif de la servitude n'a pas besoin de satisfaire aux conditions exigées par l'art. 1337, écrit en vue des obligations. Il est de jurisprudence que l'art. 695 se suffit à lui-même (1).

Pour s'en convaincre, il suffira de se rappeler que les conditions exceptionnelles de l'art. 1337 tiennent surtout à des motifs historiques.

1096. Nulle part le code civil n'a déterminé les personnes qui pouvaient constituer une servitude, ni celles à qui l'on pouvait en concéder. A vrai dire, un texte spécial sur ce sujet était inutile pour résoudre les difficultées soulevées ; il suffit de recourir aux principes généraux.

Pour constituer une servitude, droit réel immobilier, démembrement du droit de propriété sur les immeubles, il faut, en premier lieu, avoir la propriété de l'héritage servant (2). Mais, comme la servitude peut être créée sous condition, il est permis d'en grever un immeuble pour le cas où on en deviendrait propriétaire ; pour la même raison, la servitude constituée par un copropriétaire sur l'immeuble indivis, sans le consentement des autres copropriétaires, est valable comme droit conditionnel; elle ne produira d'effet qu'après le partage, si l'héritage grevé tombe dans le lot du constituant et pour la portion qui lui sera échue ; mais la servitude ainsi créée n'est pas opposable aux communistes ; elle ne grève pas les parcelles qu'ils recueillent dans le partage (3). D'une façon générale, si le droit de propriété du constituant est conditionnel, résoluble et sujet à rescision, la servitude est affectée des mêmes éléments d'incertitude.

Le possesseur, même de bonne foi, ne peut, avant d'avoir consolidé son titre par la prescription, grever l'immeuble de servitudes opposables au propriétaire qui exerce la revendication.

(1) Cass., 16 nov. 1829, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude,* n. 997; 2 mars 1836, S., 36. 1. 247, D. *Rép.*, v° *Prescription civile,* n. 797; 13 mai 1855, S., 57. 1. 123; 21 nov. 1881, D., 82. 1. 478. — Dijon, 2 août 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 462 ; *Pand. fr.*, 95. 2. 207; Montpellier, 17 août 1880, D., 82. 1. 478; Aubry et Rau, III, § 250, p. 70; Demolombe, XII, n. 757 ; Laurent, VII, n. 152 *bis.*

(2) Un gérant d'affaires ne pourrait constituer une servitude. — Grenoble, 1er juil. 1902, *Gaz. Pal.*, 02. 2. 506.

(3) Caen, 19 juin 1866, S., 67. 2. 49.

Enfin, lorsque l'immeuble est soumis à un droit d'usufruit, le nu propriétaire reste libre de le grever de servitudes ; mais leur exercice ne pouvant nuire au droit de l'usufruitier ne commencera, d'ordinaire, qu'après l'extinction de l'usufruit. Quant à l'usufruitier, il ne peut jamais, de son chef, consentir de servitudes réelles proprement dites, il n'est pas propriétaire et il n'a pas le droit de disposer de l'immeuble ; on ne doit pas même lui reconnaître le droit de consentir des charges réelles temporaires, analogues aux servitudes, affectant seulement la jouissance de l'immeuble (1). La servitude réelle est, en effet, un démembrement de la propriété et non de l'usufruit, et le titulaire de ce droit ne peut qu'assumer une obligation personnelle (2).

1097. Il ne suffit pas, toutefois, d'être propriétaire ; il faut encore avoir la capacité ou le pouvoir d'aliéner les immeubles pour constituer une servitude (3) et non pas seulement la capacité générale de contracter. En conséquence, la règle varie suivant que la constitution a lieu à titre gratuit ou à titre onéreux.

Le propriétaire d'un immeuble déjà grevé de servitudes a bien la faculté d'en consentir de nouvelles, mais les effets de cette création postérieure sont limités à l'égard des servitudes anciennes, dont l'exercice ne doit pas être contrarié par les servitudes nouvelles, si, par ailleurs, les titulaires des premières servitudes ont rendu leurs droits opposables aux tiers, conformément à la loi de 1855. Les mêmes principes régissent les servitudes constituées sur un immeuble déjà grevé d'hypothèques opposables aux tiers. Leur constitution est valable, à la condition de ne pas porter atteinte aux droits préférables des créanciers hypothécaires, autorisés, s'il y a pour eux un intérêt appréciable, à faire vendre l'immeuble sans la charge des servitudes postérieurement créées ; il serait

(1) Laurent, VIII, n. 159. — *Contra* Aubry et Rau, III, § 250, p. 72 ; Demolombe, XII, n. 746 ; Pardessus, II, n. 246 ; Duranton, V, n. 537 à 541.

(2) En cas de cession de l'usufruit, le cessionnaire n'en serait pas tenu.

(3) Il est facile, dès lors, de savoir si un mandataire légal ou conventionnel a des pouvoirs suffisants pour la constitution d'une servitude. — V. pour les immeubles dotaux, *supra*, n. 794.

prudent alors d'informer le propriétaire du fonds dominant, pour le mettre à même de formuler un contredit ou d'offrir, en vue du maintien de la servitude, le paiement intégral aux créanciers (1). L'acquéreur d'une servitude n'est pas autorisé, toutefois, à poursuivre la purge des hypothèques inscrites (2).

1098. De même que la servitude est une charge de la propriété, de même elle est établie dans l'intérêt de la propriété; pour acquérir ce droit, comme pour le constituer, il faut donc être propriétaire (arg. art. 686); mais, bien évidemment, la capacité d'aliéner n'est plus requise, il suffit d'avoir la capacité ou le pouvoir de contracter ou de recevoir à titre gratuit. Quant à l'acquisition d'une servitude, pour le compte d'un propriétaire, par un mandataire, gérant d'affaires ou un tiers stipulant au nom d'autrui, il convient de se reporter aux règles générales qui gouvernent le mandat, la gestion d'affaires et l'hypothèse de l'art. 1121 C. civ.

La servitude pouvant être acquise sous condition, il est permis de stipuler un pareil droit au profit d'un héritage à venir, pour le cas où on en deviendrait propriétaire. C'est pourquoi le copropriétaire d'un immeuble peut acquérir une servitude, mais sous la condition que l'héritage tombera dans son lot et dans la mesure où il en deviendra propriétaire exclusif; la stipulation ne produirait pas d'effet à l'égard des communistes, car on ne saurait l'envisager comme une stipulation pour autrui exceptionnellement valable d'après l'art. 1121. D'une façon générale, celui dont le droit de propriété est conditionnel ou résoluble ne peut acquérir que des servitudes soumises aux mêmes éléments d'incertitude.

Le nu propriétaire a le droit d'acquérir des servitudes au profit de l'héritage pendant la durée de l'usufruit, mais l'usufruitier n'a pas qualité pour stipuler, en quelque sorte, au nom du fonds et dans l'intérêt de l'héritage; entre l'immeu-

(1) En cas de concours de créanciers antérieurs et de créanciers postérieurs à la constitution de servitude, si l'immeuble avait été, sur la demande des premiers, vendu comme franc, le titulaire de la servitude, après le paiement des créanciers antérieurs, serait préféré aux créanciers postérieurs sur le reliquat du prix jusqu'à concurrence de la plus-value donnée au fonds vendu, grâce à la suppression de la servitude. Aubry et Rau, III, § 250, p. 74.

(2) V. le *Traité des privilèges et des hypothèques*, III, n. 2335.

ble et lui, il n'y a pas un lien permanent, un droit perpétuel, une relation assez forte pour assurer la création d'une servitude réelle, d'un droit non temporaire. Il peut seulement acquérir pour lui-même un droit de créance ayant pour objet l'exercice des actes constitutifs de la servitude. On doit étendre *a fortiori* la même solution au possesseur, même de bonne foi, dépouillé par l'action en revendication et à tout détenteur de l'immeuble (1).

§ II. *De la prescription.*

1099. Il résulte de l'art. 690, dont nous avons donné le texte au numéro précédent, que les seules servitudes susceptibles de s'acquérir par la prescription sont celles qui sont à la fois continues et apparentes. Telles sont les servitudes de vue (2), d'aqueduc, d'égout des toits (3).

1100. La possession, ou plutôt la *quasi-possession* de la servitude, pour être utile et conduire à la prescription, doit non seulement s'appliquer aux servitudes continues et apparentes, mais réunir, en outre, toutes les qualités requises par les art. 2229 s. pour la possession du droit de propriété. La quasi-possession devra donc être paisible, non équivoque, exercée avec l'intention du droit d'user de servitude, et fondée autrement que sur des actes de tolérance et de bon voisinage. Ainsi, même en face d'une servitude continue et apparente, les tribunaux auront à rechercher, en fait, dans l'infinie variété des espèces qui leur sont soumises, si les actes d'exercice invoqués à l'appui de la prescription sont un empiétement véritable sur le droit du voisin, ou s'il les a tolérés par pure complaisance ; le juge prendra en considération l'incommodité réelle causée au propriétaire de l'héritage assujetti, ainsi que les relations habituelles et les rapports de bon ou de mauvais voisinage existant entre les deux plaideurs (4). Il n'y aurait plus de sérieuse difficulté, si le quasi-possesseur de

(1) Laurent, VIII, n. 164 s. — *Contra* Aubry et Rau, III, § 250, p. 74; Demolombe, XII, n. 759 à 762.

(2) Cass., 10 oct. 1886, S., 90. 1. 251, D., 87. 1. 116.

(3) Pau, 21 mars 1888, S., 90. 2. 206.

(4) Cass., 4 août 1896, D., 96. 1. 472.

la servitude avait, par une contradiction formelle, purgé le *vice de précarité* (1) dont pouvait être entachée sa quasi-possession; on ne concevrait plus alors de doute sur l'intention du possesseur, sur sa volonté d'exercer un droit sur l'héritage d'autrui, de commettre un empiétement que la tolérance du voisin serait insuffisante à expliquer. Si le propriétaire de l'héritage dominant souligne ainsi le caractère impératif, en quelque sorte, de sa possession, ne peut-il pas, à l'inverse, en marquer l'inutilité et reconnaître par écrit l'existence du vice de précarité? On a prétendu, par argument d'analogie tiré de l'art. 2248 C. civ., que cette reconnaissance avait seulement la valeur d'un acte interruptif de prescription, et qu'elle ne formait pas obstacle à la prescription, après trente ans de date; au reste, dit-on, il est interdit de renoncer d'avance à la prescription (art. 2220) et la volonté du particulier ne saurait donner à des faits de possession le caractère d'actes de simple tolérance, s'ils ne sont pas tels par eux-mêmes (2). Malgré son apparente rigueur, cette argumentation doit être repoussée : la précarité, c'est-à-dire la possession fondée sur la simple tolérance du voisin, est, comme il a été dit, une question de fait, variable suivant une foule de circonstances; il est inexact, par suite, d'affirmer que les actes entachés de précarité ont eux-mêmes ce caractère immuable; devant une reconnaissance écrite toute incertitude disparaît sur l'intention commune des deux voisins, sur la complaisance de l'un, sur l'absence, chez l'autre, de l'*animus domini*. Par ailleurs, cette reconnaissance de précarité n'équivaut pas à une renonciation anticipée au bénéfice de la prescription; c'est un simple aveu de l'inexistence des conditions requises pour l'usucapion des servitudes (3). Cette reconnaissance sera donc opposable en tout temps à celui qui l'a signée, ainsi qu'à ses successeurs universels, mais elle

(1) En matière de servitude, le vice de précarité s'applique à la possession qui ne s'exerce que par suite de la tolérance du voisin.

(2) Mourlon, *De la prescription*, p. 13. — Dans l'ancien droit l'art. 287 de la coutume de Bretagne consacrait cette solution. — V. Hévin, *Comm. de la cout. de Bretagne*, sous l'art. 287, II, p. 307.

(3) Aubry et Rau, III, § 251, p. 81; Demolombe, XII, n. 779 *ter*; Laurent, VIII, n. 206. — Cass., 14 novembre 1853, D., 54. 1. 154.

resterait sans effet à l'égard des successeurs particuliers, acquéreurs du fonds dominant, qui pourraient commencer une possession utile, sans pouvoir y joindre toutefois la possession précaire de leur auteur.

1101. La quasi-possession d'une servitude se résume dans la jouissance effective de ce droit. Elle doit, pour conduire à la prescription, se prolonger pendant un délai de trente ans (1), dont le point de départ remonte au moment même où se trouve établi l'état de choses que suppose la servitude, c'est-à-dire, puisqu'il s'agit de servitudes apparentes, au jour de l'achèvement des travaux nécessaires, ou bien à celui où se révèle le signe sensible d'extériorité qui donne à la possession son caractère de publicité ; la possession se prolonge ensuite par le seul fait du maintien des choses dans le même état. C'est en quoi consiste, à vrai dire, la jouissance de la servitude, puisqu'il s'agit par ailleurs d'une servitude continue, qui s'exerce sans le fait actuel de l'homme ; il suffirait même de simples vestiges des travaux antérieurs, si les ouvrages avaient été détériorés par un événement de la nature. Il n'est pas nécessaire que ces travaux soient établis, même pour partie, sur le fonds servant ; ainsi une fenêtre ouverte à une distance de trois décimètres de l'héritage voisin procure, si elle est maintenue pendant trente ans, une servitude de vue. Il n'est pas nécessaire que les travaux soient l'œuvre du maître de l'héritage ; mais, dans le cas où un tiers quelconque, détenteur, possesseur, les a édifiés, il faut, au moins, que le propriétaire en ait eu connaissance et la prescription ne commence à courir que du jour où ils lui ont été révélés ; c'est une restriction qu'il convient d'apporter à l'opinion qui écarte toute préoccupation relative à l'auteur des travaux et à l'intention de ce dernier (2). Tant que le propriétaire ignore l'existence des ouvrages, il n'y a pas posses-

(1) Dans le calcul de ce délai, il faut tenir compte des règles relatives à la suspension et à l'interruption de prescription.

(2) Cette opinion rallie la presque unanimité de la doctrine. — V. Aubry et Rau, III, § 251, p. 80 ; Demolombe, XII, n. 778 et 779 ; Duranton, V, n. 591 ; Laurent, VIII, n. 204, exige, au contraire, que les travaux émanent du propriétaire.

sion de la servitude *animo domini;* l'auteur des travaux, incapable de stipuler une servitude, n'a pas personnellement l'intention d'acquérir, et comme la volonté du propriétaire de l'héritage ne se communique pas, l'*animus* n'existe qu'à partir du moment où celui-ci, connaissant les travaux, a l'intention de les maintenir et de les faire siens ; la possession dès lors s'exerce utilement.

1102. La prescription, qui permet d'acquérir certaines servitudes, fournit aussi un moyen d'obtenir une extension, une aggravation des mêmes servitudes précédemment constituées, soit par titre, soit autrement ; l'art. **2240**, en effet, ne forme pas obstacle à cette solution ; il ne s'agit pas de prescrire contre un titre en modifiant la cause et le principe de la possession, mais bien d'accentuer les avantages d'une servitude antérieure, d'aggraver son mode d'exercice, de prescrire au delà du titre constitutif ; il faudra seulement des faits de possession nettement caractérisés, car il est assez difficile souvent de prouver si l'on a possédé au delà de son titre ou suivant ses indications (1).

1103. Les servitudes apparentes mais non continues, comme la servitude de passage s'exerçant par un chemin macadamisé, les servitudes continues mais non apparentes, par exemple la servitude de ne pas bâtir, et à plus forte raison les servitudes qui ne sont ni continues ni apparentes, comme la servitude de pacage, de tour d'échelle (2), ne peuvent jamais s'établir par la prescription.

1104. La règle qui déclare imprescriptibles certaines servitudes ne fléchit pas lorsque la possession, même exercée de bonne foi, s'appuie sur un titre émané *a non domino,* sur un *titre coloré,* suivant l'expression habituelle, ni lorsqu'il y a eu contradiction formelle opposée au droit du propriétaire du fonds servant, ni lorsque la contradiction est elle-même

(1) V. *infra*, n. 1169 s.

(2) Douai, 21 août 1865, S., 66. 2. 229, D., 66. 5. 437. — Un arrêt a décidé qu'un usinier ne pouvait acquérir par prescription le droit de maintenir une planche dans un déchargeoir, alors que cette planche n'avait pas été placée à demeure et qu'elle était essentiellement mobile et enlevée journellement. — Cass., 22 février 1881, S., 82. 1. 111, D., 81. 1. 407.

fondée sur un titre coloré. En effet, pour les servitudes discontinues et non apparentes, l'art. 691 exige impérieusement un titre, c'est-à-dire un acte juridique qui par lui seul emporte constitution d'une servitude, un titre, par suite, qui émane du propriétaire du fonds servant; vis-à-vis de lui, malgré le titre coloré, la servitude reste entachée de précarité et le caractère de la possession n'a pas varié par l'effet d'un acte auquel le vrai propriétaire est demeuré tout à fait étranger. Par ailleurs, la contradiction, également impuissante à donner à la possession les qualités requises pour rendre prescriptible un droit que la loi déclare imprescriptible, ne saurait créer de titre au possesseur; l'application de l'art. 2238 se renferme dans la limite des droits susceptibles de prescription. Enfin, même fondée sur un titre coloré, la contradiction est encore inefficace; comment trouverait-elle appui dans un titre sans valeur? La règle de l'art. 691 s'impose toujours et le concours d'un titre coloré et d'une contradiction ne suffit pas à créer le titre « constitutif » qu'exige le texte (1). Si le propriétaire du fonds assujetti avait consenti à la délivrance de certaines choses comprises dans l'exercice de la servitude, par exemple à laisser prendre dans son fonds de la marne, du sable, il faudrait, pour y trouver un titre efficace, interpréter ce consentement comme la constitution voulue d'un droit de servitude (2).

1105. La possession des servitudes discontinues ou des servitudes continues non apparentes, impuissante à les faire acquérir par prescription, ne permet pas non plus d'aggraver, d'étendre ni de modifier celles qu'un titre aurait créées. Elle a toutefois pour effet de fournir au juge un moyen très

(1) V. sur tous ces points Aubry et Rau, III, § 251, p. 78; Demolombe, XII, n. 788 s.; Laurent, VIII, n. 196 et 196 *bis*. On pourrait signaler cependant quelques auteurs en sens contraire, notamment Toullier, III, n. 629; mais les dissidences paraissent aujourd'hui effacées.

(2) Les différents droits d'usage dans les forêts, comme le droit de pacage, s'acquièrent par prescription, car on les assimile à des servitudes personnelles plutôt qu'à des servitudes réelles discontinues. V. Aubry et Rau, II, § 185, p. 125, texte et note 18. — Cass., 8 nov. 1848, S., 49. 1. 111; 12 déc. 1860, S., 61. 1. 955. — *Contra* Merlin, *Rép.*, v° *Usage* (droit d'), § 8; Curasson sur Proudhon, *Des droits d'usage*, I, n. 319 à 328. — Cass., 2 avril 1855, S., 56. 1. 68.

sûr d'interpréter la volonté des parties, lorsque le titre est muet sur le mode d'exercice de la servitude, ou lorsqu'il ne contient à cet égard que des indications douteuses (1). Mais si le titre fixait, par exemple, l'assiette d'une servitude de passage et si, pendant trente ans, on avait passé sur un autre point du fonds servant, cette possession trentenaire n'empêcherait pas l'extinction par le non-usage de la servitude créée, sans donner naissance à une nouvelle servitude de passage exercée sur une autre partie du fonds, la possession ne pouvant transformer l'assiette de la servitude. La solution est sans doute rigoureuse, mais elle s'impose en face de l'art. 709 (2).

1106. La possession des servitudes discontinues ou continues non apparentes a pour résultat certain d'en assurer la conservation, c'est-à-dire d'empêcher leur extinction par le non usage. Mais la servitude non exercée pendant trente ans trouverait-elle ensuite, dans une possession postérieure à ce non usage, un moyen juridique de renaître ? La possession, dans cette hypothèse, à vrai dire, ne servirait pas à la création d'une servitude nouvelle, elle permettrait seulement de supposer une renonciation tacite au bénéfice de la prescription extinctive de la part du propriétaire du fonds servant, qui aurait toléré et souffert l'exercice ultérieur de la servitude ; la prescription extinctive demeurée sans effet par la volonté de celui qui pouvait l'invoquer, il en résulte que la servitude n'a pas été éteinte par le non usage ; cette renonciation tacite, on la pourrait trouver dans une possession, même inférieure à trente années, puisqu'il s'agit seulement d'interpréter la valeur d'une circonstance de fait invoquée à l'appui de la renonciation (3).

1107. Enfin, l'on se demande si l'exercice d'une servitude imprescriptible a pour résultat de limiter le droit que confère l'usucapion de la propriété d'un fonds. La question s'est posée en pratique : un possesseur avait prescrit par trente ans la propriété d'un héritage ; mais, pendant le délai de la

(1) Cass., 27 fév. 1882, S., 83. 1. 310, D., 81. 1. 415. — Lyon, 14 fév. 1894, *Mon. jud. Lyon*, 17 janv. 1895.

(2) V. sur cette question *infra*, n. 1172.

(3) V. *infra*, n. 1164.

prescription, le propriétaire passait sur son champ ; la cour de Caen décida qu'il devait « conserver » la servitude de passage, le possesseur n'ayant, en fait, prescrit que dans la mesure de sa propre possession, sous la réserve de la servitude exercée, d'un droit non acquis, mais plutôt retenu par l'ancien propriétaire (1) ; cette solution est très critiquable ; le détenteur a possédé « comme propriétaire » tout le fonds ; la quasi-possession de la servitude, entachée de précarité, n'entame pas sa possession, elle ne l'empêche pas d'acquérir la propriété du fonds, ni de soutenir ensuite que le passage s'exerce à titre de tolérance.

1108. Pourquoi la loi exige-t-elle la double condition de l'apparence et de la continuité, pour qu'une servitude puisse s'acquérir par la prescription (2) ?

Elle exige l'*apparence* par application de ce principe, que la possession, pour pouvoir conduire à la prescription, doit être publique (art. 2229). La possession, ou, en d'autres termes, l'exercice d'une servitude non apparente, ne peut pas satisfaire à cette condition. Aucun signe extérieur ne révélant ici l'existence de la servitude, la loi considère la possession de celui qui l'exerce comme clandestine. L'apparence doit exister par rapport au propriétaire du fonds contre lequel la prescription court.

Quant à la continuité, la loi paraît l'avoir exigée, non par application de cette règle, écrite en l'art. 2229, que la possession, pour pouvoir servir de fondement à la prescription, doit être continue (car, comme on le verra, la possession d'une servitude discontinue pourrait être continue dans le sens de l'art. 2229), mais bien par application de la règle que les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription (art. 2235). Le législateur a considéré que

(1) Caen, 17 mai 1847. — V. Demolombe, XII, n. 796.

(2) M. Planiol, *op. cit.*, n. 1924 et s., fait une critique très judicieuse des conditions d'apparence et de continuité. Après avoir rappelé leur origine historique, il montre que la condition d'apparence est plus rigoureuse que celle de publicité, dont parle l'art. 2229. Il ne suffit pas, en effet, que l'acte d'exercice de la servitude se révèle au grand jour ; il faut encore que l'on ait établi des « travaux extérieurs » ; il eût été préférable de se contenter de la condition ordinaire de publicité, en exigeant une possession non clandestine.

l'exercice d'une servitude discontinue ne constitue pas un empiétement suffisant pour conduire à la prescription, en ce sens que le propriétaire, qui souffre sans se plaindre l'exercice d'une pareille servitude, a pu n'y pas voir une usurpation méritant d'être réprimée, et l'aura souvent tolérée à titre de bon voisinage. Si le législateur avait autorisé l'acquisition par la prescription des servitudes discontinues, telles que la servitude de passage ou de puisage, un propriétaire n'aurait jamais consenti à laisser passer le voisin sur son fonds ou à l'y laisser puiser de l'eau..., alors même que ces actes ne lui auraient causé aucun préjudice, parce qu'il aurait craint qu'ils ne pussent être invoqués plus tard contre lui comme fondement de l'acquisition d'une servitude par la prescription. On aurait ainsi envenimé les relations entre propriétaires voisins, en les obligeant à se montrer peu tolérants les uns envers les autres.

1109. Telle est notre loi. Au premier abord, son système paraît aussi juridique qu'équitable. En allant au fond des choses, on arrive à le trouver défectueux (1). Il est parfaitement vrai que, la plupart du temps, l'exercice d'une servitude discontinue devra être considéré comme ne constituant pas un empiétement suffisant pour conduire à la prescription, parce que le propriétaire qui l'aura souffert aura fait acte de simple tolérance. Voilà un propriétaire qui laisse de temps à autre son voisin passer à pied sur son fonds, ou même avec charrettes, mais tantôt ici, tantôt là, sans qu'il y ait aucun chemin tracé pour le passage. Il sera fort juste de dire que ce propriétaire fait acte de bon voisinage, qu'il souffre le passage par simple tolérance et que l'empiétement du voisin, si c'en est un, ne pourra fonder à son profit aucune prescription. Mais peut-on en dire autant de l'espèce suivante ? Le propriétaire d'un fonds a passé pendant trente ans sur le fonds voisin ; non seulement il a passé, mais il a construit, pour faciliter son passage, et cela depuis plus de trente années, un chemin sur l'héritage voisin, chemin qu'il a macadamisé ou pavé, de telle sorte que le terrain affecté au

(1) Cf. Planiol, *op. cit.*, n. 1925.

passage est devenu impropre à toute culture. Dira-t-on que l'empiétement, l'usurpation, n'est pas assez caractérisé pour pouvoir conduire à la prescription? que le propriétaire qui l'a supporté doit être considéré comme ayant accompli un acte de simple tolérance? Logiquement la prescription devrait être possible dans cette hypothèse. Et, cependant, l'art. 691 s'oppose à ce qu'elle puisse s'accomplir, *etiam per mille annos ;* car la servitude de passage est discontinue. De même, voilà un propriétaire qui laisse le voisin puiser de l'eau à sa source ou à son puits. La plupart du temps, il serait très vrai de dire qu'il n'y a là qu'un acte de simple tolérance ne pouvant fonder aucune prescription. Mais, pourtant, supposez que le voisin ait établi une pompe dans le puits et que le propriétaire l'ai laissé s'en servir sans réclamer. Direz-vous encore que ce propriétaire a agi par simple tolérance? cela serait impossible! Et cependant, comme la servitude de puisage ne cesse pas d'être discontinue quand elle s'exerce au moyen d'une pompe, la disposition de la loi conduit à décider qu'au bout de trente ans et plus, le propriétaire de la pompe n'aura pas acquis le droit de puisage par la prescription.

Ces solutions, qu'impose le texte de la loi, ne satisfont guère la raison. Aussi qu'est-il arrivé? C'est que les plaideurs ont pris un biais pour éluder la loi, et les tribunaux les ont écoutés parce qu'ils trouvaient la loi défectueuse. Ainsi un propriétaire, se voyant contester le droit de passage sur le fonds voisin, bien qu'il l'eût exercé pendant trente ans par un chemin macadémisé ou pavé, est venu soutenir en justice, non qu'il avait acquis le droit de passage par la prescription (en formulant ainsi sa prétention il aurait dû succomber), mais bien qu'il avait acquis par prescription la *propriété* du terrain affecté au droit de passage ou tout au moins un droit de copropriété (1); et les juges ont accueilli cette prétention. De sorte que, pour avoir voulu protéger trop énergiquement le droit de propriété, en le mettant à l'abri de la prescription d'un droit de servitude, le législateur en est arrivé finalement à le compromettre dans son existence même. Il a voulu em-

(1) Cass., 7 fév. 1883, S., 84. 1. 320, D., 84. 1. 128.

pêcher qu'on pût acquérir par prescription une servitude de passage sur le fonds voisin, et il a acculé les juges dans une impasse qui les a conduits, à admettre, contrairement à toute vraisemblance, la prescription de la propriété du terrain affecté à la servitude : ce qui est grave pour celui auquel appartenait le terrain, car désormais il ne pourra même plus y passer ni construire dans le voisinage sans observer la distance légale !

Que conclure de tout cela? C'est que le législateur aurait pu purement et simplement laisser les servitudes soumises aux règles du droit commun en ce qui concerne la prescription. Celles-ci auraient conduit à déclarer la plupart du temps, mais non toujours cependant, la prescription impossible pour les servitudes discontinues (arg. art. 2232); de même qu'en sens inverse elles auraient conduit presque toujours, mais non toujours peut-être, à déclarer la prescription possible pour les servitudes qui, tout en étant apparentes, sont en même temps continues. On aurait obtenu ainsi des résultats beaucoup plus satisfaisants, à notre avis, que ceux auxquels conduisent les dispositions des art. 690 et 691 (1).

1110. La différence entre la possession du droit de propriété et la quasi-possession des servitudes reçoit dans la pratique plusieurs applications. Ainsi la prescription ne permet pas d'acquérir une servitude consistant à maintenir sur le fonds du voisin un dépôt de bois, de fumier et d'autres matières; mais rien n'empêche de soutenir que le dépôt a été effectué pour l'exercice d'un droit de propriété ou de co-propriété et que l'on a, de la sorte, usucapé le terrain du voisin (2). De même, si le droit de pâturage est souvent envisagé comme une servitude discontinue et par suite imprescriptible, il est possible cependant de considérer comme exercé à titre de copropriété, comme prescriptible, le droit de vive et grasse pâture, celui de recueillir les secondes herbes (3) et même le

(1) Cpr. Rennes, 31 déc. 1880, S., 81. 2. 106. — Cpr. par ailleurs, Machelard, *Examen critique des distinctions admises soit en droit romain, soit en droit français, en ce qui concerne les servitudes prédiales.*

(2) Demolombe, XII, n. 770.

(3) Cass., 22 nov. 1841, S., 42. 1. 191; 7 juin 1848, S., 48. 1. 559; 6 janvier 1852, S., 52. 1. 317; 14 novembre 1853, S., 54. 1. 105.

droit de pacage sur un terrain en nature de brande, si l'on a, en outre, coupé et enlevé des litières, bruyères ou ajoncs (1). Mais la question a surtout pris de l'intérêt à propos des passages, au sujet des difficultés qui s'élèvent, soit à l'égard des passages privés, que les particuliers revendiquent, soit à l'égard des chemins publics, dont une commune réclame l'usage au profit des habitants.

1111. En ce qui concerne les passages privés, sentiers, chemins de desserte, d'exploitation, la loi de 1881, art. 33, se prononce en faveur des riverains (2). Mais, en dehors des termes de cet article, la difficulté est susceptible de naître ; on pourrait, sans avoir aucun héritage contigu au passage, soutenir que l'on a prescrit la propriété du terrain qui sert d'assiette au passage, si l'on apportait des faits de possession bien caractérisés (3).

1112. Quant aux conflits soulevés sur l'acquisition par une commune d'un droit sur un chemin tracé à travers des propriétés privées, il faut encore distinguer suivant que la commune se prétend titulaire d'une servitude de passage, ou suivant qu'elle revendique la propriété même du chemin.

Rien n'empêche, en droit, les communes de devenir titulaires d'une servitude de passage établie par titre ; en leur qualité de personnes morales, elles sont capables d'acquérir et

(1) Cass., 19 nov. 1828, S., 29. 1. 109 ; 8 janvier 1835, S., 35. 1. 538. — Limoges, 26 mars 1838, S., 39. 2. 79. — Cpr. Cass., 25 janvier 1842, S., 42. 1. 972. — Le droit de puisage peut aussi être considéré comme la manifestation d'un droit de copropriété sur le puits. — Trib. civ. Mayenne, 29 oct. 1896, *Gaz. Pal.*, 97. 1. *Suppl.*, 31. — Il faut se garder, toutefois, de croire que l'on peut toujours déplacer ainsi le débat ; avec raison, les tribunaux exigent des indices sérieux pour le droit de propriété ; c'est ainsi que le jugement précité de Mayenne pose ce principe exact que l'on doit, dans le doute, présumer que le puisage s'est exercé seulement à titre de servitude, lorsque le puits n'est pas situé sur un sol commun ou sur la limite séparative des héritages, mais au contraire au milieu d'un terrain appartenant exclusivement à la partie adverse. Comme indices favorables au droit de propriété ou de copropriété, on peut toujours invoquer des travaux exécutés sur la chose litigieuse, par exemple les réparations faites au puits.

(2) L'art. 33 est ainsi conçu : « *Les chemins et sentiers d'exploitation sont ceux qui servent exclusivement à la communication entre les divers héritages ou à leur exploitation. Ils sont, en l'absence de titres, présumés appartenir aux propriétaires riverains chacun en droit soi, mais l'usage en est commun à tous les intéressés. L'usage de ces chemins peut être interdit au public* ».

(3) Cass., 7 février 1883 et Rennes, 31 décembre 1880, précités.

l'on trouvera toujours, comme fonds dominant de la servitude créée, les voies et places publiques et les divers établissements qui dépendent de la commune. Mais, pour l'acquisition de ces droits de servitude, la commune reste soumise aux règles ordinaires, notamment à celle de l'art. 691, qui interdit d'acquérir par prescription une servitude de passage.

La commune serait, au contraire, fondée à invoquer le moyen tiré de la prescription, si ses conclusions tendaient à se faire attribuer la propriété du chemin litigieux.

Lorsque la commune soutiendra que le chemin est public et qu'il est sa propriété, la preuve sera fournie au moyen de titres, de documents divers, soit à l'aide de la prescription, à la condition d'apporter des actes de possession caractérisés, de nature à entraîner une présomption de propriété; il ne suffirait pas d'invoquer de simples faits de passage (1), de prouver que depuis trente ans les habitants de la commune ont toujours passé sur ce chemin (2); ce seraient là des actes équivoques, au point de vue du droit de propriété, puisqu'ils ne dépasseraient pas la jouissance d'une servitude de passage; mais si à ces faits venaient se joindre d'autres actes de possession, si la commune avait manifesté d'une façon certaine son intention d'agir comme propriétaire, en faisant exécuter, par exemple, des travaux d'art et d'entretien sur le chemin contesté, ou en exerçant des actes de voirie, cette possession, en la supposant d'ailleurs entourée de toutes les autres conditions requises, notamment de celle de continuité, entraînerait par prescription l'acquisition de la propriété du chemin; il y aura là une question de fait soumise à l'appréciation du juge, qui décidera si la possession est suffisamment qualifiée. La loi du 20 août 1881, il importe de le remarquer, a singulièrement amélioré la situation des communes, en leur assurant presque toujours le rôle le plus favorable dans le procès.

En effet, aux termes de l'art. 3 : « *Tout chemin affecté à*

(1) Agen, 23 juillet 1845, S., 46. 2. 250, D., 45. 2. 174. — Paris, 6 février 1882, *France judiciaire*, 83-84. 2. 719.

(2) *Contra* Cass., 16 juin 1858, S., 59. 1. 624, D., 58. 1. 450; 9 avril 1862, S., 62. 1. 465, D., 62. 1. 290. — Bordeaux, 11 novembre 1848, S., 49. 2. 349, D., 49. 2. 230.

l'usage du public est présumé, jusqu'à preuve contraire, appartenir à la commune sur le territoire de laquelle il est situé »; il suffira donc à la commune, pour se décharger du fardeau de la preuve, d'établir que le chemin est affecté à l'usage du public; or cette affectation résulte, aux termes de l'art. 2 : « *De la destination du chemin jointe* SOIT AU FAIT D'UNE CIRCULATION GÉNÉRALE ET CONTINUE, *soit à des actes réitérés de surveillance et de voirie de l'autorité municipale* » (1). La question examinée n'en conserve pas moins son intérêt, dans le cas où la présomption de l'art. 3 n'est pas applicable, faute d'affectation à l'usage du public et dans celui où l'adversaire de la commune apporte à l'appui de sa demande des titres établissant sa propriété, dont la valeur est soumise à l'appréciation du juge (2); pour les écarter, la commune invoquera la prescription et restera tenue d'établir l'existence des conditions requises à cet effet.

1113. Par quel délai s'accomplit la prescription des servitudes ? L'art. 690 répond : par trente ans. La prescription de dix à vingt ans, que l'art. 2265 organise au profit de celui qui possède un immeuble avec juste titre et bonne foi, ne recevrait donc pas ici son application.

Et toutefois la question est controversée. Pour soutenir que les servitudes peuvent s'établir par la prescription de dix à vingt ans, on dit que l'art. 2265 accorde le bénéfice de cette prescription dans les termes les plus généraux à tous ceux qui possèdent un immeuble avec juste titre et bonne foi; donc à ceux qui possèdent une servitude, car les servitudes sont des immeubles aux termes de l'art. 526. — Sans doute l'art. 2265 formule une règle extrêmement générale. Mais il s'agit de savoir si, dans notre hypothèse, le législateur n'y a pas dérogé. Or c'est ce que nous paraît avoir fait l'art. 690 en disposant que les servitudes continues et apparentes s'établissent, non par la prescription en général, mais *par la possession de trente ans ;* ce qui exclut l'usucapion de dix à vingt ans. C'est l'opinion de Malleville, qui fut l'un des rédacteurs

(1) L'arrêté de classement vient encore accentuer la situation favorable des communes, art. 5 et 6 de la loi du 20 août 1881.

(2) Cass., 28 mai 1873, S., 74. 1. 340, D., 75. 1. 127.

du code civil : « A l'égard des servitudes, dit-il, le code n'a pas admis d'autre prescription que celle de trente ans ».

L'article 2264 vient à l'appui de cette argumentation : la règle générale de l'art. 2265 n'est pas applicable, puisque la prescription des servitudes est réglementée par des dispositions spéciales. La nécessité du délai de trente ans se justifie, d'ailleurs, par un autre motif : la quasi-possession de ce droit, beaucoup moins sensible que la possession du droit de propriété, devait être prolongée assez longtemps pour que l'inaction du propriétaire de l'héritage grevé pût fournir une indication sérieuse (1).

1114. Par application du principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif, l'art. 691, al. 2, après avoir posé le principe que : « *la possession, même immémoriale, ne suffit pas pour les établir* » (les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non) (2), ajoute : « *sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière* » (art. 691, al. 2). Ceux qui avaient acquis par la prescription, à l'époque où le code civil a été promulgué, une servitude qu'on ne peut plus acquérir de la sorte aujourd'hui, ont dû se procurer une preuve écrite de l'existence de cette servitude en faisant assigner le propriétaire du fonds servant en reconnaissance de la servitude. Autrement, il serait très difficile de prouver aujourd'hui que ces servitudes étaient déjà acquises par la prescription lors de la promulgation du code civil.

La preuve serait même tout à fait impossible si l'on devait admettre la doctrine de certains arrêts qui ont exigé, confor-

(1) Cass., 10 déc. 1834, S., 35. 1. 24, D., 35. 1. 65; 23 nov. 1875, S., 76. 1. 103.— Bordeaux, 29 mai 1838, S., 38. 2. 342, D., 38. 2. 169. Bastia, 5 janvier 1847, D., 47. 2. 3. — Agen, 23 nov. 1857, S., 57. 2. 769, D., 58. 2. 27. — Aubry et Rau, III, § 251, p. 77, note 1; Demolombe, XII, n. 781; Laurent, VIII, n. 194; Marcadé, sur l'art. 690, n. 2; Pardessus, II, n. 268 et 284. — *Contra* Duranton, V, n. 293; Troplong, *Prescription*, II, n. 856; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 348; Planiol, *op. cit.*, n. 1929 et s.; cet auteur combat très longuement et par des arguments nouveaux l'opinion courante.

(2) Le code a voulu proscrire ainsi d'une façon formelle la règle usitée dans certaines coutumes qui regardaient la possession immémoriale comme équipollente au titre.

mément à des règles quelquefois suivies sous les coutumes, le témoignage d'individus pouvant déposer sur des faits, qu'ils auraient vus eux-mêmes depuis l'âge de quatorze ans, relatifs à une possession de quarante années accomplies lors de la promulgation du code (1); il faudrait, à l'heure actuelle, des témoins âgés de plus d'un siècle et demi! Mais la règle ancienne sur les conditions de la preuve n'était fondée sur aucune disposition expresse de la loi ni de la coutume; c'était un usage dont l'exécution n'était pas rigoureusement exigée (2).

La décision judiciaire doit constater que la coutume du lieu admettait la prescription comme mode d'acquisition de la servitude litigieuse (3) et l'on trouve, à ce sujet, des indications dans plusieurs documents de jurisprudence, assez anciens déjà (4). Le plus éloigné constate que, dans la coutume de Paris, la servitude de passage ne pouvait s'acquérir par prescription (5). Par ailleurs, la prescription serait inutilement invoquée et le juge pourrait rejeter l'admission de la preuve, s'il était constaté que la possession a toujours été précaire ou de simple tolérance (6).

Il existait dans notre ancien droit une extrême variété au sujet de l'acquisition des servitudes par la prescription. Certaines coutumes proscrivaient d'une manière absolue ce mode d'établissement. Tel était le sens de la règle *Nulle servitude sans titre*. Celles qui admettaient la prescription en cette matière variaient à l'infini, quant au délai. Ici c'était trente ans, là quarante ans, ailleurs cent ans. Il y avait même des coutumes qui exigeaient une possession immémoriale. En aucune

(1) Agen, 8 janvier 1833, S., 33. 2. 254. — Pau, 15 mars 1834, S., 34. 2. 666.

(2) Cass., 1er juillet 1837, S., 39. 1. 649, D., 39. 1. 274; 20 novembre 1837, S., 38. 1. 272, D., 38. 1. 12.

(3) Cass., 31 mai 1837, S., 37. 1. 700, D., 37. 4. 356.

(4) Cass., 1er mars 1831, S., 31. 1. 263, D., 31. 1. 120.— Rennes, 18 février 1820, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 781. — Caen, 8 juillet 1826, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 813. — Bastia, 6 juin 1855, S., 55. 2. 496. — En voici un pourtant assez récent : Toulouse, 26 déc. 1895, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 338.

(5) Cass., 28 juin 1882, S., 82. 1. 464, D., 83. 1. 16.

(6) Cass., 31 décembre 1810, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 670; 27 novembre 1837, S., 38. 1. 40, D., 38. 1. 299; 13 mai 1840, S., 40. 1. 507, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 1074; 2 avril 1856, S., 56. 1. 774, D., 56. 1. 251.

autre matière, le besoin de l'unification qui a été réalisée par le code civil ne se faisait plus vivement sentir.

§ III. *De la destination du père de famille.*

1115. La destination du père de famille est l'acte par lequel le propriétaire de deux héritages établit entre eux un rapport qui constituerait une servitude, s'ils appartenaient à des maîtres différents.

Aux termes de l'art. 692 : « *La destination du père de famille* » *vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes* ».

L'art. 693 ajoute : « *Il n'y a destination du père de famille* » *que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divi-* » *sés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui* » *que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la ser-* » *vitude* ».

Propriétaire de deux fonds contigus, le fonds A, sur lequel j'ai construit ma maison d'habitation, et le fonds B, dans lequel jaillit une source, j'établis un aqueduc à ciel ouvert sur le fonds B pour conduire l'eau de la source à ma maison. Le rapport que j'établis ainsi entre mes deux fonds ne constitue pas une servitude tant que ces deux fonds m'appartiennent, car nul ne peut avoir de servitude sur sa propre chose, *nemini res sua servit* (1). Mais supposons que les deux fonds viennent à être séparés : par exemple j'en vends un, et je garde l'autre ; ou bien je meurs, laissant deux héritiers, et le partage attribue à l'un le fonds A, et à l'autre le fonds B. Désormais le rapport de servitude naîtra entre les deux fonds, parce que l'obstacle élevé par la règle *Nemini res sua servit* a disparu. En d'autres termes, la servitude d'aqueduc, qui n'existait qu'à l'état latent (2) quand les deux fonds étaient la propriété d'un même maître, apparaîtra le jour où les deux fonds appartiendront à des maîtres différents (3). La loi suppose qu'il a été dans l'intention commune des parties de maintenir l'état de choses

(1) Dans ce cas, comme disait Pothier, *Cout. d'Orléans*, art. 228, « *C'est destination du père de famille* ».

(2) Il n'y a, pour employer l'expression des anciens docteurs, qu'une *servitude causale*.

(3) La servitude *causale* devient servitude *formelle*.

établi par le *père de famille,* c'est-à-dire par le propriétaire des deux fonds et qui subsistait encore au moment de la séparation des héritages. Supposition très rationnelle, en effet, basée sur la nature même du rapport établi entre les deux fonds, rapport qui présente les caractères d'une servitude continue et apparente. A raison de son apparence, les parties n'ont pu en ignorer l'existence, et sa continuité ne leur a pas permis de la considérer comme constituant un état de choses précaire et transitoire. Si elles n'ont rien dit, elles ont donc dû vouloir maintenir le *statu quo,* elles ont eu la volonté de céder et d'acquérir les deux fonds, tels qu'ils se poursuivent et comportent, de conserver aux choses la destination qu'on leur a donnée ; la même idée explique pourquoi certains objets mobiliers, devenus immeubles par destination, suivent le sort du fonds auquel ils ont été attachés, les parties entendant conserver les choses dans le même état. Voilà la pensée qu'a voulu exprimer l'art. 692, lorsqu'il dispose que : « La destination du père de famille vaut *titre* à l'égard » des servitudes continues et apparentes ». Titre, c'est-à-dire convention. Pour être tacite, la convention n'en apparaît pas moins comme certaine.

Ce mode d'établissement des servitudes n'est donc pas fondé sur la volonté unilatérale du propriétaire des deux héritages, sur l'intention unique du père de famille au moment où il a créé l'état de choses qui, plus tard, sera constitutif de la servitude ; il a pour base une convention tacite relative au maintien de l'état de choses antérieur à la création de la servitude, en sorte que l'élément consensuel n'apparaît qu'au moment de la division des héritages (1).

1116. Malgré la rédaction restrictive en apparence de l'art. 693, on admet en doctrine et en jurisprudence (2) que la des-

(1) On verra *infra,* n. 1127 qu'il convient pourtant de prendre en considération l'intention de celui qui a présidé à l'arrangement, lorsqu'on veut déterminer l'étendue de la servitude.

(2) Cass., 26 avril 1837, S., 37. 1. 916 ; 24 fév. 1840, S., 40. 1. 97 ; 17 nov. 1847, S., 48. 1. 30 ; 7 avril 1863, S., 63. 1. 369. — Aubry et Rau, III, § 252, p. 84, texte et note 1 ; Demolombe, XII, n. 826 ; Laurent, VIII, n. 176 ; Duranton, V, n. 566. — *Contra* Cass., 10 mai 1825, S., 26. 1. 235. — Cpr. Solon, n. 285 qui n'admet la solution donnée au texte que dans l'hypothèse de l'art. 694 et Pardessus, II, n. 300 *in fine,* qui l'écarte dans cette hypothèse seulement.

tination du père de famille peut établir une servitude, non seulement entre deux fonds, mais aussi entre deux parties d'un même fonds appartenant au même maître. Ainsi, propriétaire d'un terrain, je construis une maison au milieu de ce terrain avec des fenêtres d'aspect de tous les côtés, puis je vends une portion de terrain contiguë à la maison ; cette portion sera grevée de la servitude de vue au profit de la maison (1).

L'expression de l'art. 693 s'explique, ou bien parce que le législateur a eu en vue l'hypothèse la plus ordinaire, ou plutôt parce qu'il a envisagé le moment même de la séparation de l'héritage, celui où la servitude prend naissance au profit d'un fonds sur un autre fonds (arg. des mots *actuellement divisés*).

1117. Il suffit qu'une division s'opère et que la propriété de l'immeuble grevé appartienne à une personne distincte du propriétaire de l'immeuble qui profite de l'état de choses établi. Cette division des deux héritages ou des deux parties d'un même fonds résulte le plus souvent d'une aliénation volontaire ou d'un partage, mais elle peut avoir pour cause tout autre événement juridique, par exemple une adjudication sur expropriation forcée (2) ou même la prescription acquisitive, dans le cas où un tiers aurait usucapé la propriété de l'un des fonds (3) ; il n'est pas nécessaire non plus qu'elle soit le fait du propriétaire commun, auteur de l'état de choses qui va donner naissance à la servitude ; l'exemple d'un partage successoral le démontre ; on peut y joindre le cas où les héritages vendus à plusieurs co-acquéreurs seraient ensuite partagés entre eux (4). Toutefois il importe que la séparation ne soit pas le résultat de la résolution ou de la révocation d'un droit de propriété ; en supposant qu'un propriétaire eût établi un état de choses capable de conduire

(1) Au reste, en fait, la distinction matérielle serait assez souvent difficile à établir entre deux fonds ou deux parties d'un même fonds.

(2) Cass., 30 nov. 1853, S., 54. 1. 679, D., 54. 1. 17. — Bourges, 17 janv. 1831, S., 32. 2. 88, D. *Rép.*, v° *Servitude,* n. 1040. — Cpr. aussi Cass., 19 juin 1861, S., 63. 1. 133, D., 62. 1. 161.

(3) Demolombe, XII, n. 809.

(4) Laurent, VIII, n. 180.

à l'établissement d'une servitude entre deux fonds, alors qu'il n'avait sur l'un d'eux qu'un droit révocable ou résoluble, la destination du père de famille, en cas de révocation ou de résolution de ce droit, serait inopérante ; en effet, grâce à la fiction de rétroactivité, il n'y a jamais eu, sur la même tête, réunion de la propriété des deux héritages, condition indispensable pour l'application de nos articles (1).

1118. Deux conditions sont nécessaires, d'après l'art. 693, pour qu'il y ait destination du père de famille. Il faut :

1° Que les deux fonds actuellement divisés aient appartenu au même propriétaire (2) ;

2° Que ce soit par lui que les choses aient été mises dans l'état duquel résulte la servitude. En effet, par définition même, la destination du père de famille implique le fait du propriétaire, qui seul est le représentant de l'intérêt des fonds (3). Il n'y aura donc pas destination du père de famille, si l'état duquel on prétend faire résulter la servitude a été créé par un autre que le propriétaire, par exemple par un usufruitier, ou à plus forte raison par un locataire ou par un tiers. A moins cependant que le propriétaire n'ait maintenu cet état de choses ; car alors il serait exact de le traiter comme s'il en était vraiment l'auteur, puisqu'il se l'est approprié en le conservant. Finalement donc, nous dirons qu'il faut que l'état de choses, duquel on prétend faire résulter la servitude, ait été établi ou maintenu par le propriétaire des deux héritages.

La condition exigée pour l'application des art. 692 et 693 se trouve donc remplie dans l'hypothèse où l'arrangement a été créé par le vendeur des deux héritages, et dans celle où la servitude a été créée entre deux fonds, distincts d'abord, puis réunis dans la même main, lorsque le propriétaire unique a maintenu l'état primitif de l'assujettissement des fonds (4).

(1) Laurent, VIII, n. 179. — Paris, 11 avril 1836, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 1016.

(2) Si les fonds avaient toujours appartenu à des propriétaires différents, par exemple au mari et à la femme, il ne pourrait y avoir destination du père de famille. Montpellier, 27 mars 1890, D., 92. 1. 413.

(3) Dijon, 11 juin 1869, S., 69. 2. 240, D., 71. 5. 355.

(4) Aubry et Rau, III, § 252, p. 84, texte et note 2 ; Demolombe, XII, n. 814 ; Laurent, VIII, n. 177 ; Demante, II, n. 548 *bis*, I. — Bordeaux, 21 fév. 1826, S.

1119. Dans tous les cas, il faut que l'arrangement ait été créé entre les deux fonds et dans leur intérêt (1), avec un caractère permanent et une idée de perpétuité; une destination temporaire de l'état de choses, en vue de convenances personnelles, ne conduirait pas à l'établissement ultérieur d'une servitude, après la séparation des fonds. Il convient toutefois de ne pas exagérer l'idée, de ne pas établir une assimilation étroite avec la perpétuité exigée par l'art. 524 C. civ. La seule règle à retenir, c'est que la servitude, à l'état latent, la servitude *causale,* doit avoir le même caractère que la servitude véritable, la servitude formelle, qu'elle doit être établie dans l'intérêt même des fonds, c'est-à-dire, par suite, avec un certain caractère de perpétuité (2), question de fait soumise à l'appréciation des tribunaux, lesquels ont aussi mission de déterminer souverainement, d'après les circonstances de la cause (3), l'étendue de la servitude établie conformément à nos articles.

1120. Les conditions exigées pour l'établissement des servitudes par destination du père de famille consistent en des faits purs et simples, pour lesquels la preuve testimoniale est admissible *de plano,* qu'il s'agisse de la première ou de la seconde condition. Lorsqu'il s'agit, en effet, pour le titulaire de la servitude, d'établir que les deux fonds actuellement divisés ont autrefois appartenu au même propriétaire, la preuve n'est pas relative à un fait juridique rentrant dans les prévisions de l'art. 1341; le demandeur se contente d'alléguer, à l'appui de son action confessoire, le fait de la réunion antérieure de deux héritages dans les mêmes mains, le fait de leur possession à titre de propriétaire par la même personne; il n'a pu, du reste, se procurer la preuve littérale de ce fait matériel, puisque, avant la division des fonds, il n'y avait pas de rapport juridique entre lui et le propriétaire des deux héritages. A

chr., D. *Rép.,* v° *Servitude,* n. 1017. — Le rapport du tribun Albisson (Locré, *Législ.,* VIII, p. 395 à 397, n. 16 et 18) est favorable à cette solution. — V. cep. *contra* Duranton, V, n. 570; Marcadé, sur l'art. 694, n. 3.

(1) V. un exemple curieux dans un arrêt de Cass., 14 mai 1901, D., 01. 1. 357.

(2) V. *supra,* n. 803, sur la notion de la perpétuité en matière de servitude.

(3) Cass., 31 déc. 1878, S., 79. 1. 127, D., 79. 1. 375. — Cpr. *infra,* p. 825, note 7.

cet argument, tiré des principes généraux sur la preuve testimoniale, vient s'ajouter le silence des art. 692 et 693, qui, à la différence de l'ancien droit, de la coutume de Paris (art. 216) notamment, n'exigent pas que la destination du père de famille ait été constatée par écrit et non autrement (1). Le titulaire de la servitude n'a pas même besoin, sauf dans l'hypothèse de l'art. 694 (2), de produire le titre en vertu duquel la division a été opérée, cet événement pouvant résulter, ainsi qu'il a été dit, de la prescription acquisitive.

1121. Les seules servitudes qui puissent s'établir par la destination du père de famille paraissent être, d'après l'art. 692, les servitudes à la fois continues et apparentes. On a vu déjà les difficultés que faisait naître la classification des servitudes, au point de vue du double caractère de la continuité et de l'apparence; les servitudes visées par l'art. 692 sont les mêmes qui peuvent s'établir par prescription; ainsi la servitude de tour d'échelle (3), la servitude *altius non tollendi* (4), ne sauraient être créées par application des art. 692 et 693. Il est certain qu'une servitude non apparente ne peut, en aucune hypothèse, résulter de la destination du père de famille. Mais voilà que l'art. 694 semble déclarer ce mode d'établissement applicable aux servitudes qui sont apparentes sans être continues. Ce texte est ainsi conçu : « *Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement et passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné* ». L'antinomie paraît éclatante. Depuis le commencement du siècle, les jurisconsultes ont fait de nombreux efforts pour la résoudre. Sur

(1) Aubry et Rau, III, § 252, p. 85; Demolombe, XII, n. 812; Laurent, VIII, n. 181. — Paris, 30 janv. 1810, S. chr. — *Contra* Pardessus, II, n. 290 et 291.

(2) A la condition d'admettre le système de la jurisprudence que nous exposerons *infra*, n. 1123.

(3) Bordeaux, 20 déc. 1836, S., 38. 2. 132, D., 38. 2. 69.

(4) Paris, 7 janv. 1890, D., 91. 2. 175. Elle ne peut pas non plus s'exercer comme conséquence accessoire d'une servitude de vue établie par titre ou par destination; mais cette solution appartient au commentaire des art. 696 et 697 plutôt qu'à celui de nos textes.

les diverses solutions qui ont été proposées, il n'y en a plus que deux qui aient encore des partisans (1).

(1) Voici cependant l'exposé sommaire des autres opinions émises sur l'explication des art. 692 et 694 : 1° On a soutenu d'abord que l'art. 694 corrigeait la rigueur de l'art. 692 et que la destination du père de famille s'appliquait sans restriction à toutes les servitudes apparentes, discontinues ou non. *Sic* Taulier, II, p. 450 s. ; mais c'était sacrifier un texte de principe à une disposition qui a plutôt l'apparence soit d'une application, soit d'une règle de détail. 2° Il semblerait donc plus plausible, comme on l'a soutenu dans une autre opinion (Maleville, sur l'art. 694 ; Toullier, III, n. 613 ; Delvincourt, I, p. 533 ; Favard, *Rép.*, v° *Servitude*, sect. III, § 4, n. 3 ; Garnier, *Act. poss.*, p. 324 ; Villequez, *Rev. hist.*, 1859, V, p. 197. — V. aussi Lyon, 11 juin 1831, S., 32. 1. 123, D., 33. 2. 64. — Paris, 21 avril 1837, S., 37. 1. 917 à la note, D., 38. 2. 106), d'exiger dans tous les cas le double caractère d'apparence et de continuité ; l'art. 694, qui vient compléter par un exemple les dispositions de principe inscrites dans les textes précédents, a seulement le tort d'être mal rédigé et de ne pas rappeler l'exigence de la continuité ; en écrivant ce texte, on attachait moins d'importance à des conditions fixées déjà d'une façon très précise et l'on se préoccupait avant tout de construire une hypothèse d'application, de développer les idées abstraites formulées dans les articles précédents ; peut-être même, ainsi qu'il résulterait du rapport du tribun Albisson (V. au texte dans l'exposé du premier système), avait-on voulu viser l'hypothèse la plus compliquée, susceptible de soulever quelques doutes, comme il a été dit plus haut (*supra*, n. 1118), c'est-à-dire le cas où une servitude avait été établie entre les deux héritages avant leur réunion dans la main d'un même propriétaire. — Mais ce système ayant le tort de sacrifier la disposition de l'art. 694 et d'admettre sa complète inutilité, on s'est ingénié à trouver une conciliation entre les deux textes, et l'on s'est efforcé de rechercher pour chacun d'eux des cas distincts d'application ; ainsi qu'on le verra au texte, la jurisprudence est désormais constante à cet égard. Mais sur quoi baser cette conciliation ? En dehors des deux systèmes exposés au texte, en voici un autre qui poursuit le même but. 3° On a soutenu (Merlin, *Rép.*, v° *Servitude*, Lacaze, *Rev. de législ.*, 1851, III, p. 147. — Toulouse, 11 août 1854, S., 55. 2. 609, D., 56. 2. 119. — Metz, 3 juin 1858, S., 58. 2. 657, D., 59. 2. 16), en tirant argument du mot *dispose* écrit dans l'art. 694, que ce texte s'appliquait dans le cas où la séparation des héritages avait pour cause un acte d'aliénation, de disposition, tandis que les art. 692 et 693 se bornaient à régir la division opérée après le décès du propriétaire des héritages, en vertu d'un partage intervenu entre ses héritiers ; mais il est impossible de justifier par un motif sérieux la distinction proposée : puisque la naissance du droit a toujours pour fondement la volonté présumée des parties, il importe peu que le fait de la division résulte d'un partage ou de toute autre cause ; l'ancien droit que l'on invoque aussi à l'appui de cette opinion consacrait, sans doute, dans quelques coutumes, une différence entre les partages et les actes de disposition, mais une différence tout à fait inverse, car on était moins sévère, en face d'un partage, sur les conditions exigées, tandis que le système actuel se montre au contraire plus rigoureux pour cette hypothèse ; le mot *dispose* de l'art. 694 n'a pas la valeur qu'on lui prête, et il ne convient pas de s'attacher trop étroitement à son sens habituel ; le législateur a voulu simplement exprimer l'idée de la séparation des deux héritages, et il a songé à l'acte juridique le plus normal, l'aliénation de l'un d'eux (V. en ce sens et contrairement au système réfuté, Cass., 22 avril 1873, S., 73. 1. 276, D., 73. 1. 428 ; 22 août 1882,

1122. I. La première, qui paraît séduisante au premier abord, peut être ainsi formulée. Lorsque le propiétaire de deux fonds crée entre eux un rapport qui constituerait une servitude si les deux fonds appartenaient à deux propriétaires différents, il faut, pour que cet état de choses engendre une servitude quand les deux fonds seront séparés, que le rapport établi ait les caratères d'une servitude continue et apparente. Ce premier cas est prévu par les art. 692 et 693. L'art. 694, au contraire, vise l'hypothèse où une servitude existant entre deux fonds s'est éteinte par la réunion de ces deux héritages dans les mêmes mains (confusion, art. 705), et résout la question de savoir si cette servitude, en supposant que le propriétaire ait maintenu les choses en l'état, revivra au moment où les fonds viendront à être séparés. Il décide que la servitude revivra par la destination du père de famille, sous la seule condition d'être apparente, fût-elle discontinue. En d'autres termes, pour qu'une servitude puisse être établie par la destination du père de famille, la loi exige que cette servitude soit à la fois continue et apparente, si le rapport entre les deux fonds a été créé par le propriétaire des deux immeubles, et seulement apparente quand le rapport a été simplement maintenu par lui. Ou, si l'on veut, l'art. 692 est relatif à l'établissement et l'art. 694 au rétablissement d'une servitude par la destination du père de famille.

Ce système invoque un passage très saisissant du rapport du tribun Albisson, qui, pour expliquer l'art. 694, se plaçait exactement dans la même hypothèse (1). Enfin, dit-on, il semble que tous les termes de l'art. 694 aient été écrits en vue de ce cas spécial ; à plusieurs reprises le texte emploie le

S., 83. 1. 126, D., 83. 1. 407. — Arrêts qui font application de l'art. 694, dans l'hypothèse d'un partage). 4° Il est à peine besoin de mentionner un système consacré par un arrêt de la cour de cassation (Cass., 24 fév. 1840, S., 40. 1. 97, D., 40. 1. 101), et condamné ensuite par elle (Cass., 8 juin 1842, S., 42. 1. 609, D., 42. 1. 265), d'après lequel l'art. 694 s'appliquerait seulement aux servitudes discontinues apparentes qui rattachent leur existence à une origine légale, par exemple à la servitude de passage pour cause d'enclave. 5° Enfin une opinion émise assez récemment propose, devant la rédaction vicieuse de l'art. 694 et à raison de la négligence même du législateur, de chercher uniquement dans l'ancien droit la solution du problème. V. J. Latreille, *De la destination du père de famille.*

(1) V. Locré, *Lég.*, VIII, p. 395 à 397, D., 16 et 18.

mot *servitude* : « *s'il existe un signe apparent de* SERVITUDE », « *aucune convention relative à la servitude* » allusion évidente à la servitude créée avant la réunion des deux fonds aux mains d'un seul propriétaire; bien mieux, lorsque les héritages sont à nouveau séparés, l'art. 694 dit que « la *servitude* CONTINUE d'*exister* », expression très énergique, en même temps que très exacte; c'est, en effet, l'ancienne servitude qui reparaît, qui « continue » son existence interrompue par l'obstacle momentanément apporté à son exercice, après la confusion qui s'était opérée (art. 705). Le motif qui a conduit le législateur à ne pas exiger pour la servitude la condition de continuité, est facile, quoi qu'on en ait dit, à mettre en lumière. Ne semble-t-il pas logique, en effet, de se montrer moins rigoureux pour le maintien d'une servitude antérieure que pour la création d'une servitude toute nouvelle? Souvent il arrive que les droits se maintiennent et se conservent plus facilement qu'ils ne prennent naissance. Pourquoi a-t-on exigé, en principe, la continuité pour l'établissement des servitudes par la destination du père de famille, sinon parce que ce mode de création est fondé sur la volonté tacite et présumée des parties? Le législateur ne pouvait admettre la présomption, en cas d'incertitude sur l'intention probable des contractants. Ce doute existe lorsque l'état de choses *créé* par le propriétaire des deux héritages présente le caractère d'une servitude discontinue, d'un arrangement précaire et transitoire, destiné à disparaître après la séparation du fonds, ou tout au moins, dès que cessera la tolérance de celui qui le supporte. Mais quel doute peut subsister lorsque cet état de choses a été *maintenu,* après avoir servi à l'exercice d'une servitude antérieure? Il s'agit bien d'un arrangement permanent, établi dans l'intérêt des fonds, indépendant de la bonne volonté du propriétaire de l'héritage servant. Exercée autrefois comme un droit et non à titre de tolérance, la servitude continue d'exister avec le même caractère. Il suffit donc, pour écarter toute incertitude sur l'intention des parties, que celles-ci aient eu connaissance de la servitude, grâce au signe apparent qui en révèle l'existence. Sans doute, pour invoquer l'art. 694, il sera nécessaire d'éta-

blir l'antériorité de la servitude par rapport à la réunion des deux héritages dans la même main, bien que cette preuve ne soit pas imposée par le texte ; mais, dans l'opinion contraire, n'est-on pas conduit de même à exiger la production du titre qui a produit la séparation des héritages, sans que l'art 694 contienne aucune disposition à cet égard (1)?

Malgré toute la force de son argumentation, ce système paraît difficilement acceptable ; on peut considérer comme personnelle au tribun Albisson l'opinion qu'il a exposée dans son rapport ; d'autre part, la distinction sur laquelle est fondée cette doctrine ne trouve d'appui bien solide ni dans la raison, ni dans le texte de la loi. La rédaction de l'art. 694 est, en tout cas, vicieuse ; la servitude antérieure à la réunion des deux fonds s'est trouvée éteinte par confusion, et il est inexact d'employer le mot « servitude » au moment où l'on a séparé de nouveau les héritages, puisque l'ancienne servitude n'existe plus et que la servitude à venir n'est pas encore créée. A vrai dire, c'est pour l'aisance du langage et pour plus de brièveté, que l'art. 694 emploie le mot inexact de servitude ; mais la rectification se fait d'elle-même dans l'esprit. Qu'importe, par ailleurs, que le rapport d'où résulte la servitude ait été créé ou seulement maintenu par le propriétaire des deux fonds? Et si le rapport créé par le propriétaire ne peut fonder qu'une servitude continue et apparente, comment expliquer que le rapport maintenu par lui puisse servir de fondement à une servitude qui est apparente sans être continue?

1123. II. Voici maintenant la seconde opinion, qui est la plus généralement suivie en doctrine, et qui a triomphé aussi en jurisprudence. Lorsqu'un propriétaire a créé ou maintenu, entre deux fonds à lui appartenant, un rapport qui constituerait une servitude si les immeubles appartenaient à deux per-

(1) V. en faveur de ce système, Laurent, VIII, n. 104 s. ; Planiol, *op. cit.*, n. 1944, Marcadé, sur l'art. 694, n. 3 ; Rivière, *Jurispr. de la cour de cass.*, n. 196 ; Frèminville, *Minorité*, II, n. 738 ; Del Marmol, *Rev. prat.*, 1863, XVI, n. 34. — Lyon, 11 juin 1831, S., 32. 2. 123, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 1024. — Bruxelles, 31 janv. 1824, *Pasicr.*, 24, p. 33 ; 24 juill. 1859, *Pasicr.*, 62. 2. 299 ; 20 déc. 1862, *Pasicr.*, 63. 2. 46.

sonnes différentes, la question qui se pose, lorsque ces deux fonds sont séparés, est celle de savoir si les parties ont entendu que cet état de choses continuât et que, par conséquent, l'un des deux fonds fût désormais en état de servitude par rapport à l'autre. Notre code établit à cet égard la distinction suivante. S'agit-il d'une servitude continue et apparente? Après la séparation des héritages, elle sera considérée comme établie par la destination du père de famille, à moins qu'il ne soit prouvé que le titre contienne une clause contraire. Celui qui invoque la servitude n'aura donc aucune preuve à faire, et par conséquent il ne sera pas tenu de représenter le titre en vertu duquel la séparation des héritages a été opérée. Ce sera à l'adversaire à produire ce titre s'il y a lieu et à prouver qu'il contient une clause contraire au maintien de la servitude. Ce premier cas est prévu par les art. 692 et 693. S'agit-il au contraire d'une servitude qui est apparente seulement sans être continue? La destination du père de famille ne vaudra titre qu'à la condition que le « contrat ne contienne » aucune convention relative à la servitude » (art. 694); ce contrat devra donc nécessairement être représenté pour permettre de savoir s'il contient ou non quelque clause sur la servitude. Le silence gardé lors de la rédaction de l'acte, en présence du signe apparent de la servitude, fait disparaître le doute que pouvait soulever son caractère discontinu; si l'on n'avait pas voulu consentir à l'établissement de la servitude, on aurait pris soin de le dire expressément dans l'acte qui constate la séparation des héritages (1).

1124. L'art. 694 ne pourra donc recevoir application si la division des fonds a eu lieu par l'effet de la prescription, ni dans le cas où, opérée en vertu d'un autre événement juridique, elle n'a pas été constatée par écrit, en supposant, d'ailleurs, la preuve testimoniale non recevable pour établir

(1) Cass., 22 avril 1873, S., 73. 1. 276, D., 73. 1. 428; 2 mai 1876, S., 76. 1. 359, D., 78. 1. 63; 13 juill. 1885, D., 86. 1. 316; 27 avril 1887, S., 90. 1. 479, D., 88. 1. 364; 19 juin 1893, D., 93. 1. 526; 30 oct. 1894, D., 95. 2. 63; 29 mai 1895, S., 95. 1. 415, D., 95. 1. 391; 6 déc. 1898, S., 00. 1. 191; 3 déc. 1901, D., 02. 1. 167, S., 02. 1. 282. — Aubry et Rau, III, § 252, p. 86 et 87, texte et note 9; Demolombe, XII, n. 821; Demante, II, n. 549 *bis;* Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 354.

la clause de l'acte ; mais il importe peu, en dehors du cas de prescription, que l'aliénation soit volontaire ou forcée (1), que la séparation soit le résultat d'un partage ou d'un acte de disposition consenti par le propriétaire des deux fonds (2).

Les tribunaux, chargés d'interpréter les clauses contenues dans l'acte, diront si elles sont ou non contraires à la création de la servitude que révèle un signe apparent ; en principe, il est rationnel d'admettre qu'une clause générale d'affranchissement de toute servitude est insuffisante pour écarter l'application de l'art. 694, dont le texte se réfère à une convention précise sur la servitude litigieuse (3) ; la clause générale d'affranchissement n'est, du reste, qu'une formule de style ; ce n'est pas une convention des parties contractantes.

Si la continuité n'est plus requise dans l'hypothèse de l'art. 694, il faut au moins, suivant les expressions formelles du texte, « qu'il existe un signe apparent de servitude ». Il n'est pas nécessaire qu'il y ait des ouvrages d'art (4), il importe peu que l'extériorité de la servitude se manifeste sur le fonds dominant ou sur le fonds servant (5), mais il faut un signe apparent, sensible, lors de la formation du contrat qui opère la division des héritages (6), un indice qui soit la manifestation certaine d'une servitude, d'un service établi sur un fonds au profit d'un autre fonds et non pour la convenance personnelle du propriétaire, une marque enfin qui révèle une servitude précise et déterminée (7). Ainsi, une porte pleine établie dans le mur d'une maison ou dans celui d'une grange signale l'existence d'une servitude de passage pour faciliter

(1) Aubry et Rau, III, § 252, p. 88, note 10. — Cass., 19 juin 1861, S., 63. 1. 133. — Cass., 10 nov. 1897, D., 98. 1. 177, dans l'hypothèse d'une expropriation pour cause d'utilité publique.

(2) V. à cet égard, *supra*, n. 1121 à la note,

(3) Aubry et Rau, III, § 252, p. 86, note 8 ; Demolombe, XII, n. 825. — Cass., 2 fév. 1825, S., 25. 1. 363.

(4) Bourges, 13 déc. 1825, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 1028.

(5) Cass., 26 déc. 1875, S., 76. 1. 111, D., 76. 1. 440. — Demolombe, XII, n. 824.

(6) Cass., 13 juill. 1885, D., 86. 1. 316. Il suffit que l'apparence existe au jour du partage, sans avoir été sensible au jour du décès du propriétaire des deux héritages. — Cass., 27 mars 1866, S., 66. 1. 215, D., 66. 1. 339.

(7) Cass., 10 nov. 1891, D., 92. 1. 413 ; 19 juin 1893, précité ; 29 mai 1895, précité ; 8 mai 1895, S., 95. 1. 272.

l'accès du bâtiment, mais ne fournit aucune indication sur une servitude de jour, d'aérage, de tour d'échelle (1). L'appréciation des tribunaux sur tous ces points de fait est souveraine, elle échappe à la censure de la cour de cassation (2).

1125. Les servitudes acquises par la destination du père de famille ou par la prescription sont opposables aux tiers indépendamment de la transcription. L'art. 2-1° de la loi du 23 mars 1855 ne vise que la transcription de « l'acte constitutif » de la servitude, du titre écrit; or, ici, il n'y a pas de titre (3).

1126. Notre section se termine par une disposition qui se comprend sans difficulté : « *Quand on établit une servitude,* » *on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user.* » — *Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'au-* » *trui emporte nécessairement le droit de passage* » (art. 696).

La règle de l'art. 696 se justifie d'elle-même et c'est à peine si elle avait besoin d'être formulée; il faut que la servitude puisse s'exercer; par suite, toute servitude emporte avec elle la faculté d'user de tous les avantages indispensables à son exercice. Ces avantages font, en réalité, partie de la servitude elle-même, comme l'accessoire intimement uni au principal. En conséquence, ces droits, accessoires de la servitude, suivent nécessairement le sort de celle-ci. C'est ainsi que le droit de passage s'éteint avec la servitude de puisage dont il était la conséquence; du reste, l'exercice du droit accessoire n'empêche pas la servitude principale de s'éteindre par le non-usage.

La règle de l'art. 696 reçoit application quel que soit le mode de constitution de la servitude, titre, destination du père de famille ou prescription. Il faut et il suffit que le droit accessoire soit indispensable à l'exercice de la servitude prin-

(1) Cass., 6 déc. 1869, S., 70. 1. 107, D., 71. 1. 53. — Bastia, 17 déc. 1856, S., 57. 2. 82, D., 58. 2. 228. — Rouen, 19 nov. 1874, S., 76. 2. 316.

(2) Cass., 15 avril 1872, S., 73. 1. 146, D., 72. 1. 416; 15 juill. 1875, S., 75. 1. 419, D., 77. 1. 127; 7 mars 1876, S., 76. 1. 204, D., 78. 1. 69; 1er août 1887, D., 88. 1. 112; 3 nov. 1896, S., 97. 1. 407; 10 nov. 1897, D., 98. 1. 177.

(3) Cass., 10 nov. 1897, D., 98. 1. 177, S., 00. 1. 310. — Aubry et Rau, III, § 252, p. 88; Flandin, *Transcription*, I, n. 412 s. — *Contra* Mourlon, *Transcription*, n. 115 et 116.

cipale (1). C'est une question de nécessité ; aussi la règle n'est-elle pas applicable, lorsque le droit accessoire a seulement pour résultat de faciliter l'exercice de la servitude constituée ; la servitude d'égout, par exemple, n'emporte pas comme accessoire la servitude de tour d'échelle (2), s'il n'est pas constaté que la réparation des gouttières nécessite le passage sur le terrain du voisin ; de même, le titulaire d'une servitude de tour d'échelle ne peut exiger du propriétaire du fonds servant qui a fait construire une maison, la remise d'une clef de ce bâtiment (3) ; la servitude *altius non tollendi* ne comprend pas la servitude de prospect, ni la prohibition de planter des arbres de haute tige, ni celle de placer momentanément des piles dépassant la hauteur convenue (4). Ces solutions, toutefois, restent subordonnées à l'examen d'une autre question, à la détermination de l'exacte étendue de la servitude principale (5).

La règle de l'art. 696 n'est pas opposable aux tiers et on ne saurait exiger d'eux de laisser accomplir les actes indispensables à l'exercice de la servitude constituée ; on n'a pas à se préoccuper du point de savoir si les tiers ont expressément consenti à ces actes, pour statuer sur l'existence de la servitude (6).

SECTION III

DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS DOMINANT, DE CEUX DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS SERVANT ET DES ACTIONS QUI NAISSENT DES SERVITUDES.

1127. Aux termes de l'art. 686 al. 2 : « *L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui*

(1) V. une application curieuse en ce qui concerne le passage dû pour le ramonage de cheminées établies dans des conditions particulières, Cass., 24 fév. 1891, D., 91. 1. 252.

(2) Bourges, 23 août 1831, S., 32. 1. 131, D., 32. 2. 1. — Bordeaux, 29 déc. 1836, S., 38. 2. 132. — Aubry et Rau, III, § 253, p. 90 ; Demolombe, XII, n. 832 ; Laurent, VIII, n. 249.

(3) Rennes, 2 janv. 1867, S., 67. 2. 72.

(4) Cass., 12 déc. 1836, S., 37. 1. 316, D., 37. 1. 85.

(5) V. *infra*, n. 1127.

(6) Cass., 26 nov. 1861, S., 62. 2. 77, D., 61. 1. 471.

» *les constitue ; à défaut de titre, par les règles ci-après* ». Cette disposition n'est écrite qu'en vue des servitudes établies par titre.

L'examen du titre soulève des difficultés relatives soit à l'existence même de la servitude, soit à son étendue, à son mode d'exercice. On suit, à cet égard, les règles générales sur l'interprétation des conventions et des testaments (1) ; avant tout, l'on consulte la volonté des intéressés, la commune intention des parties et, après avoir épuisé tous autres moyens, on arrive, en dernière ligne, à se prononcer, conformément à l'art. 1162, en faveur du fonds servant. L'existence de la servitude doit résulter des déclarations insérées dans le titre que l'on invoque ; on ne saurait présumer l'établissement d'une servitude par titre ; s'il y avait un doute sérieux, on se déciderait contre l'existence du droit (2) ; mais il n'est pas besoin d'employer des termes sacramentels : la constitution de la servitude peut s'induire de la volonté des parties sainement interprétée, exprimée d'une façon quelconque, dans une ou plusieurs clauses, plus ou moins nettes, plus ou moins formelles. Les mêmes règles s'appliquent au cas où il s'agit de décider si les parties ont voulu créer une servitude, un droit d'usage ou un simple droit de créance ; ainsi l'on a pu, par interprétation de la volonté des parties, considérer comme servitude un droit stipulé « pour soi et pour les siens » (3). Enfin le juge détermine, toujours d'après les mêmes principes, l'étendue de la servitude constituée ; il éclaire l'intention des parties en examinant les circonstances de la cause, l'état respectif des héritages au moment de la constitution, la possession du droit et son exercice effectif depuis cette époque. Ainsi, les termes d'une convention qui semblaient n'établir qu'une servitude *altius non tollendi* ont été interprétés comme constitutifs d'une servitude de prospect (4). Ce sont là, on le

(1) L'interprétation des juges du fait est souveraine, Cass., 6 juill. 1891, D., 92. 1. 244 ; 18 janv. 1892, S., 92. 1. 120, D., 92. 1. 128.

(2) Cpr. Cass., 29 juin 1891, D., 93. 1. 39. — Paris, 7 janv. 1890, D., 90. 2. 175, Besançon, 10 juin 1903, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 511.

(3) Cass., 10 nov. 1891, D., 92. 1. 83.

(4) Bourges, 3 janv. 1829, S. chr., D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 1002. — V. aussi

sait, des questions de fait uniquement soumises aux règles générales sur l'interprétation des conventions.

S'il s'agit d'une servitude acquise par prescription, les droits du propriétaire du fonds dominant sont réglés par la maxime *Tantum præscriptum quantum possessum* (1), dont l'application peut encore soulever des difficultés de fait très variables suivant les espèces (2).

Quant aux servitudes constituées par la destination du père de famille, l'étendue et le mode de leur exercice sont déterminés par l'état de choses duquel est née la servitude. Celle-ci se restreint aux avantages que le propriétaire des deux héritages retirait de l'état de choses créé ou maintenu par lui; la règle d'interprétation est donc différente de celle relative au titre; ce n'est plus directement la volonté des parties, mais l'état de fait antérieur à la naissance proprement dite de la servitude qu'il faut consulter, ainsi que l'intention de celui qui a présidé à cet arrangement (3).

1128. Voici maintenant un certain nombre de règles applicables en général à toutes les servitudes, de quelque manière qu'elles aient été établies.

Les unes concernent plus spécialement les droits et obligations du propriétaire du fonds dominant (art. 697, 698, 699, 700 et 702), les autres sont relatives aux droits et obligations du propriétaire du fonds servant (art. 701). Enfin la matière doit être complétée par quelques notions sur les actions qui naissent des servitudes.

Cass., 8 nov. 1842, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 1003. — Grenoble, 8 juil. 1867, D., 67. 2. 246. — Laurent, VIII, n. 230.

(1) Cass., 5 nov. 1856, D., 56. 1. 391.

(2) On a déjà dit quel était par ailleurs l'effet de la possession sur l'interprétation du titre, pour l'aggravation et la conservation des servitudes primitivement constituées. — V. *supra*, n. 1102.

(3) Aubry et Rau, III, § 253, p. 96; Demolombe, XII, n. 368. — Cass., 26 juill. 1831, S., 31. 1. 346. — Les juges du fait apprécient souverainement ces points, Cass., 31 déc. 1878, D., 79. 1. 375. — Dans le cas où le propriétaire des deux héritages aurait maintenu, sans aucune modification, une servitude antérieurement établie entre les deux fonds, avant leur réunion dans son patrimoine, on devrait rechercher quelle était l'étendue de cette servitude primitive en consultant le titre constitutif ou la possession.

§ 1. *Droits et obligations du propriétaire du fonds dominant.*

1129. ART. 697 : « *Celui auquel est due une servitude, a* » *droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et* » *pour la conserver* ».

Par exemple, celui qui a un droit de passage peut faire paver ou macadamiser le chemin, si c'est nécessaire pour l'exercice de la servitude.

Ce droit se justifie par le même motif de nécessité que la règle écrite dans l'art. 696; c'est une faculté légale et par suite, dans le cas même où la convention n'aurait expressément autorisé que certains travaux, le titulaire de la servitude pourrait en exécuter d'autres, s'ils étaient reconnus indispensables à l'exercice de la servitude. Ces ouvrages peuvent être exécutés sur le fonds servant; c'est même en vue de cette hypothèse qu'on a écrit l'art. 697; il n'était pas besoin, en effet, d'une disposition spéciale pour permettre au titulaire du droit d'effectuer sur son propre fonds tous les travaux qu'il jugerait utiles. Les limites qui circonscrivent la faculté inscrite dans l'art. 697 ne concernent, par suite, que les ouvrages exécutés sur le fonds servant.

Il faut que les travaux soient *nécessaires* à l'exercice de la servitude, question de fait à résoudre, le plus souvent, à l'aide d'une expertise, dont les frais seront mis, en principe, à la charge du propriétaire du fonds dominant. Les travaux doivent être exécutés de la façon la moins dommageable et la moins incommode pour l'héritage assujetti; le propriétaire de ce fonds a le droit de faire fixer l'époque et le délai de leur exécution; il importe, en tout cas, que les travaux n'aient jamais pour résultat d'aggraver la servitude. En revanche, le titulaire de la servitude n'est pas tenu de réparer le préjudice inévitable résultant de l'exécution bien conduite des travaux, ni de faire des ouvrages utiles au fonds servant, dans le but de diminuer l'incommodité inhérente à l'exercice normal de la servitude. Il reste libre aussi, à moins de stipulations contraires, de faire exécuter ou non les ouvrages qu'au-

torise l'art. 697 ; mais si, par suite d'un vice d'exécution ou du mauvais état de leur entretien, les travaux devenaient une cause de dommage pour le fonds servant, il y aurait, pour le titulaire de la servitude, obligation de réparer le préjudice et de remettre les ouvrages en meilleur état (1).

1130. ART. 698. « *Ces ouvrages sont à ses frais, et non à* » *ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre* » *d'établissement de la servitude ne dise le contraire* ».

En principe, en effet, la servitude n'impose qu'un rôle passif au propriétaire du fonds servant.

Servitus non in faciendo consistit. La règle est générale dans notre droit et s'applique à la servitude *oneris ferendi* comme à toutes les autres ; l'exception admise, dans cette hypothèse, par la plupart des jurisconsultes romains, doit être écartée en présence du texte formel de l'art. 698 ; il n'y a, d'ailleurs, aucune raison sérieuse pour la maintenir puisque, à la différence encore du droit romain, la volonté des parties peut modifier la règle écrite dans notre article.

On peut déroger à cette règle, non seulement, comme le dit la loi, dans le titre d'établissement de la servitude, mais aussi dans un titre postérieur qui, pour être opposable aux tiers, devra être soumis à la formalité de la transcription ; cette charge ne pourrait être imposée au propriétaire du fonds servant par le seul effet de la possession ; il faut une manifestation de la volonté, dont les tribunaux apprécient souverainement la portée (2).

Pour que la stipulation mettant les ouvrages à la charge du propriétaire du fonds assujetti soit valable, il faut que ces ouvrages aient seulement pour but de faciliter l'exercice de la servitude, sans constituer la servitude elle-même. Ainsi, en supposant que je stipule pour mon fonds le droit d'extraire de la marne du vôtre, je puis bien convenir avec vous que vous ferez les travaux nécessaires pour empêcher l'eau d'envahir la marnière, mais non que vous extrairez la marne, et que vous la répandrez tous les ans sur mon domaine, en vue

(1) Cass., 15 mai 1877, S., 77. 1. 296.
(2) Cpr. Cass., 22 fév. 1881, S., 82. 1. 111, D., 81. 1. 407.

de l'amender, du moins, je ne puis pas stipuler cela à titre de servitude réelle (1).

1131. ART. 699. « *Dans le cas même où le propriétaire du » fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les » ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de » la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge en » abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds » auquel la servitude est due* ».

= *Peut toujours s'affranchir de la charge. Toujours*, par conséquent alors même qu'il l'aurait supportée pendant plus de trente ans. L'abandon établi par notre article est un acte de pure faculté, et par suite le droit de l'effectuer ne peut s'éteindre par la prescription (arg. art. **2232**).

On admet généralement qu'il n'est pas permis de renoncer d'avance à la faculté d'abandon ; cette renonciation aurait, dit-on, pour résultat de transformer en un service imposé à la personne une charge que la loi a voulu réelle (2). La raison est loin d'être décisive ; en effet, rien n'empêche, tout d'abord, de donner à l'obligation, ainsi qu'on le verra plus loin, le caractère d'une véritable obligation personnelle pour le promettant ; par ailleurs, la suppression pure et simple de la faculté d'abandon laisse à la charge son caractère de réalité, en ce sens qu'elle s'impose à tous les détenteurs du fonds, qui sont seulement devenus incapables de s'y soustraire ; cela n'entraîne aucune violation de l'art. 686, puisqu'il s'agit, on le sait, non pas de contraindre les propriétaires successifs de l'héritage servant à procurer eux-mêmes l'avantage attaché à la servitude, mais de leur faire supporter les frais des travaux nécessaires à l'exercice de cette servitude ; enfin la convention, par elle-même, n'a rien de contraire à l'ordre public (3).

Le propriétaire qui use de la faculté d'abandon ne s'affranchit pas seulement des frais à venir, mais aussi de ceux déjà nécessaires au moment où il y recourt. On a objecté (4) que,

(1) Cpr. *supra*, n. 1074 s.

(2) Aubry et Rau, III, § 253, p. 91, texte et note 8 ; Demolombe, XII, n. 881 ; Demante, II, n. 555, I, *bis* ; Duranton, V, n. 615.

(3) Laurent, VIII, n. 247 ; Pardessus, I, n. 69.

(4) Demolombe, XII, n. 883.

tenu en qualité de propriétaire, il ne cessait d'être obligé qu'à partir du jour où il avait délaissé sa propriété. Mais, à vrai dire, bien qu'il soit tenu *propter rem,* son obligation découle plutôt d'une convention spéciale dont la faculté d'abandon permet de s'affranchir (1).

= *En abandonnant le fonds assujetti.* Si une portion seulement du fonds est assujettie, il suffira d'abandonner cette portion. Ainsi, pour se libérer de l'obligation de faire les travaux d'entretien d'un chemin affecté à l'exercice d'une servitude de passage, il suffira que le propriétaire du fonds servant abandonne le terrain consacré au chemin (2). Si, au contraire, le fonds tout entier est assujetti, le propriétaire devra en faire l'abandon total pour se libérer. — La question de savoir si le fonds est assujetti pour le tout ou pour partie paraît être dans la plupart des cas une question de fait plutôt que de droit (3).

L'abandon est un acte unilatéral qu'il suffit de notifier au propriétaire du fonds dominant; par lui-même cet acte n'est pas translatif de la propriété du terrain délaissé; le transfert ne résulte pas non plus du seul fait que le propriétaire du fonds dominant a ensuite accepté l'abandon; en réalité le terrain délaissé doit être considéré comme une *res nullius,* dont la propriété s'acquiert par l'occupation; il n'en serait autrement que si l'on pouvait prouver la formation d'un véritable contrat translatif de propriété au moment où s'opère l'abandon.

D'ailleurs, l'obligation imposée par le titre constitutif au propriétaire du fonds servant, en cette qualité, de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, est une charge réelle qui grève le fonds servant et passe avec lui à tous ses propriétaires successifs.

Les art. 698 et 699, qui envisagent d'une façon générale

(1) *Sic* Aubry et Rau, III, § 253, p. 91, texte et note 9; Laurent, VIII, n. 246; Pardessus, II, n. 317.

(2) *Sic* Aubry et Rau, III, § 253, p. 91, texte et note 11. — *Contra* Demolombe, XII, n. 883; Laurent, VIII, n, 245; Pardessus, II, n. 316; ces derniers auteurs exigent, dans cette hypothèse, l'abandon du fonds tout entier.

(3) Montpellier, 11 mai 1858, S., 59. 2. 33.

les propriétaires des fonds dominant et servant, à l'époque où les travaux sont nécessaires et non les personnes mêmes qui ont figuré dans la convention, ne laissent aucun doute sur la réalité de la charge établie au profit de tous les détenteurs du fonds dominant à l'encontre de tous les détenteurs de l'héritage servant; c'est pourquoi l'on a pu dire que cette charge était une modalité de la servitude (1). Il ne faudrait pas cependant exagérer cette idée, comme l'a fait la Cour de cassation, en décidant que la charge imposée dans un partage n'était pas garantie par le privilège des copartageants, puisque c'était un droit réel et non un droit de créance (2). Si l'on va au fond des choses, ce n'est pas un véritable droit réel ; le propriétaire du fonds servant est tenu de s'adresser au détenteur de l'héritage assujetti ; c'est un droit personnel avec un créancier et un débiteur, mais un droit soudé à la servitude, qui en suit toutes les fluctuations ; les sujets actifs et passifs du droit varient avec les propriétaires des deux héritages accouplés pour l'exercice de la servitude ; le droit, suivant l'expression romaine, *ambulat cum dominio* (3).

1132. Les règles exposées dans les art. 698 et 699 supposent l'absence de toute faute imputable à l'un ou à l'autre des propriétaires. En effet, si les travaux avaient été occasionnés par le fait du propriétaire du fonds servant, ils resteraient à sa charge, comme obligation née *ex delicto* ou *quasi ex*

(1) Cass., 3 avril 1865, S., 65. 1. 216, D., 65. 1. 391. — Elle pourrait être stipulée comme obligation exclusivement personnelle au promettant ; mais il faudrait une clause formelle à cet égard.

(2) Cass., 7 mars 1859, S., 59. 1. 904, D., 59. 1. 157. — Lyon, 24 février 1858, S., 59. 2. 494, D., 59. 1. 157. — Cpr. Laurent, VIII, n. 244.

(3) Ce résultat n'a rien de très extraordinaire ; sans doute l'un seulement des propriétaires successifs du fonds servant a été partie dans la convention qui a été la source de l'obligation et l'on pourrait se demander en vertu de quelle cause les autres se trouvent liés ; il est toujours facile de répondre ou bien que leur obligation résulte de la loi elle-même, de la disposition contenue dans les art. 698 et 699, ou encore qu'elle dérive d'un quasi-contrat, du fait d'être propriétaire du fonds servant ; mais ne pourrait-on pas aller jusqu'à dire qu'ils sont tenus en vertu même de l'obligation née du contrat et que les différents propriétaires de l'héritage dominant se trouvent aussi créanciers en vertu de la convention consentie par leur auteur ? Il y aurait comme une cession active et passive du droit personnel, en même temps que s'opèreraient les transferts de propriété, quelque chose d'analogue à la circulation des effets de commerce.

delicto, sans qu'il fût besoin de convention à cet égard; il n'en serait plus de même si la nécessité des travaux dérivait d'un vice inhérent à la nature de l'héritage assujetti (1). Si, à l'inverse, le propriétaire du fonds dominant était en faute, il devrait supporter même les frais des ouvrages qu'une convention expresse aurait imposés au propriétaire du fonds servant.

Enfin, dans l'hypothèse où le propriétaire du fonds servant retire de son héritage les mêmes services que le titulaire de la servitude, il y a lieu d'établir entre eux une contribution pour les frais des travaux exécutés (2).

1133. ART. 702. « *De son côté, celui qui a un droit de ser-* » *vitude ne peut en user que suivant son titre sans pouvoir* » *faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds* » *à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition* » *du premier* ».

L'art. 702 prévoit, en réalité, bien qu'en termes peu précis, deux hypothèses bien distinctes qu'il importe de ne pas confondre, comme les arrêts ont quelque tendance à le faire. Tantôt, en effet, l'on rencontre une extension de la servitude constituée, tantôt une innovation seulement, préjudiciable au fonds servant. Lorsque le propriétaire de l'héritage assujetti soutient que la servitude est abusive et doit être soumise à certaines restrictions, il convient d'examiner et de résoudre successivement deux questions. En premier lieu, la servitude est-elle conforme à son objet même et le droit exercé est-il bien le droit qu'il avait constitué? Cette première question se résout, abstraction faite de toute préoccupation relative à l'existence d'un préjudice quelconque; c'est l'hypothèse d'une extension de la servitude, qui existe dès que le titulaire de la servitude dépasse les avantages concédés et qui doit être prohibée, alors même que cette innovation ne causerait aucun préjudice au fonds servant. En second lieu, et en supposant la première question résolue affirmativement, il faut se demander si le titulaire de la servitude, qui exerce bien son droit tel que le droit a été constitué, n'a pas, pour en retirer

(1) Cass., 7 déc. 1859, S., 60. 1. 333.
(2) V. *infra,* n. 1142.

les avantages prévus, apporté des changements qui aggravent la condition du fonds servant. Cette seconde question se résout au contraire par la considération exclusive du préjudice causé à l'héritage assujetti (1); l'*aggravation* (2) est prohibée quand elle cause un dommage sensible au fonds servant. Ainsi, quand la servitude procure à son titulaire des « avantages » excessifs, supérieurs à ceux fixés par le mode d'établissement du droit, ou différents; quand les limites du droit créé sont franchies, le propriétaire du fonds servant peut toujours se plaindre et agir, soit au pétitoire, soit au possessoire, pour ramener la servitude dans les bornes premières; mais, si la servitude ne laisse à son titulaire que les avantages prévus, il faut considérer le dommage causé au fonds servant, dont le propriétaire n'a le droit d'intenter une action que si l'innovation lui est préjudiciable. Dans le premier cas, c'est le profit retiré par le fonds dominant qui sert de mesure et de guide; dans le second, c'est le dommage que souffre l'héritage assujetti.

1134. Le principe posé, il suffira d'un examen rapide des difficultés de fait soulevées, dont les détails doivent être étudiés avec le texte même des arrêts, dans les recueils de jurisprudence. La servitude, qualité active du fonds dominant, a pour limite première les besoins de ce fonds même; elle ne saurait, par suite, s'exercer au profit d'un autre héritage (3). Ainsi, une servitude établie dans l'intérêt des immeubles compris dans le lot d'un des copartageants ne saurait s'étendre aux autres immeubles du titulaire (4). On doit admettre

(1) Sauf à examiner encore si l'innovation n'est pas permise par l'art. 697. — Cpr. *supra*, n. 1129.

(2) Ce mot s'emploie couramment pour désigner tantôt l'extension des droits appartenant au titulaire de la servitude avec ou sans préjudice pour le fonds servant, tantôt l'innovation préjudiciable à l'héritage assujetti; c'est pourquoi la confusion est facile entre les deux hypothèses. — Il vaudrait mieux réserver ce terme pour le cas où le fonds servant a subi un préjudice.

(3) Cass., 5 mai 1868, S., 68. 1. 247, D., 68. 1. 336. — La formule du texte comprend aussi l'hypothèse où l'on abandonne le fonds prévu par le titre pour transporter le bénéfice de la servitude à un fonds différent. — On ne doit pas considérer comme fonds nouveau l'accroissement naturel du fonds dominant, par exemple l'alluvion.

(4) Caen, 23 janv. 1849, S., 49. 2. 718, D., 51. 5. 490. — Paris, 6 nov. 1863, S., 64. 2. 36, D., 63. 2. 212. — Cpr. Cas., 29 juin 1881, S., 83. 1. 104. D., 82. 1. 352.

une solution analogue à l'égard du fonds servant : la servitude ne peut grever un autre héritage que celui primitivement assujetti.

Il ne faut pas exagérer la formule restrictive qui défend d'accorder le bénéfice de la servitude à d'autres fonds dominants. Il arrive parfois que d'autres héritages profitent indirectement de la servitude créée, sans avoir eux-mêmes la qualité de fonds dominants, le profit qu'ils retirent n'étant qu'un résultat accidentel, postérieur à l'exercice même de la servitude. Ainsi, le titulaire d'une servitude de prise d'eau pour l'irrigation d'une propriété n'est pas tenu de conserver l'eau tout entière sur son fonds : après qu'elle a servi à l'arrosage du fonds dominant, le propriétaire peut donner à l'excédent de l'eau l'issue et la direction les plus utiles, l'employer, par exemple, à l'arrosage d'un héritage voisin, ou même s'en servir comme force motrice ; le seul fonds dominant est celui qui, le premier, a reçu l'eau, dont la quantité se mesure à ses besoins (1).

La servitude, limitée au fonds dominant, se restreint aux avantages que l'on a voulu accorder à ce fonds, question de fait et d'interprétation, souvent délicate, sur laquelle il n'est pas étonnant de trouver des arrêts en apparence contradictoires, puisque la décision dépend parfois d'une nuance dans l'espèce soumise au juge. Si la servitude a été constituée pour un usage bien précis, limitativement déterminé, elle ne pourra servir à un autre usage : une servitude de prise d'eau créée pour l'irrigation d'un fonds ne saurait être utilisée pour le roulement d'une usine élevée sur ce fonds (2) ; celle établie pour procurer la force motrice à un moulin à tan ou à foulon ne peut servir pour un moulin à huile ou à blé, susceptible de faire concurrence au moulin exploité sur le fonds servant (3) ;

(1) Cass., 23 avril 1856, S., 56. 1. 575, D., 56. 1. 293 ; 20 nov. 1872, S., 73. 1. 32, D., 73. 1. 260. — Cpr. aussi Cass., 24 fév. 1844, S., 44. 1. 658 ; 5 janv. 1858, S., 58. 1. 288.

(2) Cass., 5 mai 1857, S., 57. 1. 335, D., 57. 1. 297 ; 4 juin 1872, S., 73. 1. 449, D., 73, 1. 356.

(3) Cass., 15 janv. 1834, S., 34. 1. 491 ; 9 déc. 1839, S., 39. 1. 918. — Cpr. Cass., 6 mars 1849, S., 49. 1. 490. — Bordeaux, 25 mai 1830, S., 30. 2. 248. — Lyon, 27 juin 1849, S., 50. 2. 179.

de même, la servitude de passage, restreinte aux usages domestiques et bourgeois d'une maison édifiée sur un fonds ne s'étend pas aux besoins de l'industrie et du commerce nouvellement exploités dans la maison (1).

Si la servitude avait été établie d'une façon plus générale, et non plus pour un usage exclusif, pour un besoin spécifié, on devrait, en principe, se montrer moins rigoureux, admettre que la servitude n'a pas été créée seulement en considération de l'état actuel du fonds dominant, dans la mesure de ses besoins au moment de la naissance du droit concédé, mais aussi en vue des besoins futurs, susceptibles de naître après des améliorations et des changements apportés dans l'exploitation (2), ou même dans la destination du fonds dominant (3).

1135. La servitude renfermée dans les limites du droit concédé, exercée au seul profit du fonds dominant, et pour les seuls besoins en vue desquels on l'a établie, ne doit en outre recevoir aucun changement susceptible d'aggraver la condition de l'héritage grevé. C'est, on le sait, la seconde question à résoudre, question subsidiaire. Il faut que l'innovation réalisée entraîne une aggravation véritable, c'est-à-dire un préjudice sensible et actuel pour le propriétaire du fonds servant; la seule éventualité d'un dommage serait insuffisante (4). Le juge du fait apprécie souverainement ces points (5). Ainsi

(1) Cass., 28 déc. 1880, S., 81. 1. 454, D., 81. 1. 350. — Cpr. solution divergente, Cass., 6 nov. 1876, D., 78. 1. 167.

(2) Cass., 9 fév. 1842, S., 42. 1. 106. — Cpr. Bordeaux, 22 déc. 1851, S., 52. 2. 114, D., 52. 2. 209.

(3) Toutefois, quand la destination est transformée, il convient d'examiner d'un peu plus près l'objet véritable de la servitude et l'intention qui a présidé à sa constitution ; si, dans certains cas, on peut admettre qu'un droit de passage, établi au profit d'un fonds non bâti, continuera à s'exercer au profit du bâtiment élevé sur ce fonds, on rencontrera d'autres espèces où la même décision serait critiquable. — Cpr. Agen, 4 juill. 1856, S., 57. 2. 65, D., 57. 2. 95. — Lyon, 19 juin 1849, S., 50. 2. 179, D., 50. 5. 427, et Montpellier, 27 juin 1895, *Monit. Midi*, 21 juill. 1895.

(4) Pau, 7 déc. 1861, S., 62. 2. 318. — Cpr. Cass., 28 juin 1865, S., 65. 1. 339, D., 66. 1. 153.

(5) Cass., 21 mars 1898, *Pand. franç.*, 98. 1. 300 ; 26 juill. 1854, S., 55. 1. 52, D., 55. 1. 338 ; 15 avril 1868, S., 68. 1. 395, D., 68. 1. 340. — Cpr. Cass., 16 juill. 1878, S., 79. 1. 268, D., 79. 1. 128.

des arrêts ont déclaré qu'une servitude de passage n'était pas aggravée par l'augmentation du nombre des personnes habitant sur le fonds dominant (1), ni la servitude de pacage par l'accroissement du troupeau (2); la substitution de châssis vitrés à des volets pleins n'aggrave pas une servitude de vue constituée sans réserve (3); enfin il n'y a pas aggravation d'une servitude d'écoulement des eaux dans le fait d'élargir l'orifice du déversoir, si le volume des eaux ne s'en trouve pas augmenté (4).

1136. L'examen des deux questions que nous avons distinguées permet aussi de résoudre cette autre difficulté. Le propriétaire du fonds dominant peut-il demander et obtenir un déplacement de l'assiette de la servitude, si cette innovation ne cause aucun préjudice au fonds servant? L'art. 701 accorde expressément cette faculté au propriétaire du fonds servant; faut-il l'étendre au titulaire de la servitude? La jurisprudence a raison de repousser cette extension; sans doute l'innovation ne cause aucun préjudice et, en ce sens, l'art. 702 paraît l'autoriser, mais déplacer l'assiette de la servitude c'est modifier le droit lui-même et franchir les limites de la servitude constituée (5). Les tribunaux peuvent bien, s'il y a doute sur la détermination même du lieu où s'exerce la servitude, fixer ce lieu, trancher le débat soulevé sur ce point; mais, l'assiette étant déterminée, ils ne sauraient autoriser le changement que le propriétaire du fonds dominant voudrait imposer au propriétaire du fonds servant.

(1) Rouen, 11 mars 1846, S., 46. 2. 472, D., 49. 2. 93; mais il y aurait aggravation si l'on établissait des rails pour un tramway sur le terrain servant d'assiette à une servitude de passage. Trib. civ. Lille, 13 avril 1896, *Le Droit*, 29 avril 1896.

(2) Cass., 30 déc. 1839, S., 40. 1. 513. — Cela suppose évidemment que le chiffre des bêtes n'a pas été déterminé; autrement le titulaire de la servitude ne pourrait envoyer au pacage des bestiaux en plus grand nombre.

(3) Cass., 5 mars 1879, S., 79. 1. 467.

(4) Aix, 5 juill. 1870, S., 72. 2. 205, D., 72. 2. 146. — V. sur ces différents points Aubry et Rau, III, § 253, p. 92 à 94; Demolombe, XII, n. 846 à 855; Laurent, VIII, n. 263 s.

(5) Cass., 16 mars 1838, S., 38. 1. 570, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 1161; 23 juillet 1873, S., 74. 1. 155, D., 74. 1. 14. — Bordeaux, 12 fév. 1889, D., 90. 2. 147. — V. en ce sens, Demolombe, XII, n. 845; Duranton, V, n. 623; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 362. — *Contra* Laurent, VIII, n. 265.

1137. Les règles ci-dessus posées sont applicables aux servitudes naturelles et légales (1).

1138. ART. 700. « *Si l'héritage pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour cha-* » *que portion, sans néanmoins que la condition du fonds assu-* » *jetti soit aggravée. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit* » *de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exer-* » *cer par le même endroit* ».

Le principe qui prohibe toute aggravation de la servitude au préjudice du fonds servant, permet encore de résoudre la difficulté qui se pose, lorsque l'héritage dominant passe entre les mains de plusieurs propriétaires, soit à la suite d'aliénations partielles (2), soit par l'effet d'une dévolution héréditaire. Malgré l'accroissement du nombre de ses titulaires, la servitude subsiste, mais la condition du fonds servant ne saurait être aggravée. L'application de la règle est très simple : si la servitude est continue, comme elle s'exerce sans le fait actuel de l'homme, le nombre des titulaires n'apporte, en droit, aucune modification ; si elle a été constituée pour le profit direct de l'héritage dominant, en vue des besoins mêmes de l'immeuble, comme une servitude de passage pour l'exploitation du domaine ou une servitude d'irrigation, la division de l'héritage n'augmente ni le service qui lui est rendu, ni la charge du fonds servant ; si l'on a fixé d'une façon précise les éléments quantitatifs d'une servitude, par exemple le volume d'eau à puiser, celui de la marne ou du sable à extraire, ces éléments demeurent invariables ; le bénéfice en restera commun si le fonds dominant est indivis entre plusieurs copropriétaires ; sinon, dans le cas où l'exercice de la servitude serait divisible, par exemple s'il s'agit d'une servitude donnant le droit de puiser cent hectolitres d'eau par an à une source, ou de tirer cent quintaux de sable d'une sablière, il

(1) Cass., 3 août 1843, S., 44. 1. 137, D., 43. 1. 481. — Orléans, 19 janv. 1849, S., 49. 2. 596, D., 50. 2. 8. — Aix, 5 juill. 1870, S., 72. 2. 205, D., 72. 2. 146.

(2) L'art. 700 s'applique, quelle que soit la cause de la division du fonds dominant ; par suite, dans l'hypothèse d'aliénations partielles, le propriétaire du fonds servant n'est pas fondé à réclamer des dommages-intérêts au vendeur, ancien titulaire de la servitude, d'autant moins que l'art. 700 suppose qu'il n'y a pas aggravation préjudiciable pour l'héritage grevé.

se diviserait entre les divers ayant droit, proportionnellement à la portion du fonds dominant qui leur est échue. Ainsi celui auquel a été attribuée une portion du fonds dominant équivalente au quart, aura droit, dans notre espèce, de puiser 25 hectolitres d'eau ou de tirer 25 quintaux de sable.

Enfin, si l'on suppose que la servitude a été établie sans indications précises, de telle façon que le profit qui en résulte pour le fonds dominant se réalise indirectement par les avantages procurés à ceux qui occupent cet héritage, elle continuera encore d'être exercée par chacun des propriétaires, mais sans aggravation pour le fonds servant : l'art. 701 en fait lui-même une application à l'hypothèse délicate d'une servitude de passage (1); de même la servitude de puisage établie au profit d'une maison pourra être exercée par tous les propriétaires sans qu'on puisse les obliger à prendre seulement la quantité d'eau dont avait besoin le propriétaire originaire; de telles servitudes, en effet, ont dû être concédées en prévision des événements susceptibles d'augmenter le nombre de leurs bénéficiaires, eu égard aux besoins variables de l'héritage bâti et non pas seulement en considération des besoins actuels et personnels du propriétaire qui, le premier, exerça le droit (2).

Il importe peu, d'ailleurs, pour l'application de l'art. 700, que le fonds dominant soit encore indivis ou qu'il ait fait l'objet d'un partage (3). Seulement, quand l'indivision subsiste, il n'y a qu'une servitude (arg. art. 706 s.), tandis qu'après la division opérée, il y a autant de servitudes que de propriétaires nouveaux (4). Si la servitude n'avait été établie que pour une portion déterminée du fonds, elle ne profiterait qu'au nouveau propriétaire de cette portion; il n'y aurait pas,

(1) Cpr. Cass., 21 mars 1898, *Pand. fr.*, 98. 1. 300.

(2) Cass., 21 mars 1898, *Le Droit*, 29 avril 1898.

(3) La rédaction de l'art. 700 est quelque peu vicieuse; ce texte semble se placer dans l'hypothèse d'une division déjà opérée, et pourtant il parle de copropriétaires; cette confusion de langage vient toutefois à l'appui de l'opinion émise au texte.

(4) Mais on ne saurait induire de l'art. 700 que les portions distinctes du fonds dominant se trouvent grevées, les unes à l'égard des autres, de servitudes nouvelles, pour faciliter l'exercice de celle qui est due par le fonds servant. — Aix, 18 nov. 1854, S., 55. 2. 33, D., 57. 2. 40.

en réalité, division du fonds dominant. On a fait remarquer qu'en un sens la division favorisait la condition du fonds servant; la servitude primitive étant fractionnée, les chances d'extinctions partielles sont plus nombreuses. L'avantage, toutefois, est assez douteux.

1139. La division du fonds servant, qui n'est pas prévue par le code, est soumise à des règles analogues; la servitude continue de grever les diverses portions de l'héritage divisé; il y a plusieurs fonds servants, et, par suite, plusieurs servitudes susceptibles de s'éteindre séparément par le non usage. Mais, en supposant une servitude dont l'exercice serait divisible, comme dans les exemples déjà indiqués, le propriétaire du fonds dominant serait-il tenu de répartir la charge entre les diverses portions du fonds servant? Ayant le droit d'extraire cent quintaux de marne sur un fonds divisé ensuite en quatre parties égales, ne pourra-t-il demander que vingt-cinq quintaux à chacune des quatre parcelles? On l'a soutenu (1) et, cependant, n'y a-t-il pas là une atteinte à la servitude, et comme une diminution de ses avantages? Le titulaire avait auparavant le droit de faire porter son extraction sur un point quelconque du fonds servant, sur la partie la plus convenable à cet effet, la plus commode pour le transport des matières extraites, et voilà qu'il va se trouver contraint maintenant de faire porter son extraction sur quatre points différents, ce qui entraînera un surcroît de travail, une complication gênante pour l'exercice de la servitude; si donc le titulaire de la servitude parvient à démontrer que cette modification entraîne pour lui des inconvénients sensibles, il pourra continuer à exercer la servitude comme auparavant; les copartageants, s'il y a lieu, rétabliront, entre eux, par une action en recours, l'égalité (2).

Si, en réalité, la servitude ne grevait qu'une parcellle déterminée d'un domaine, elle resterait, après la division, assise sur cette seule parcelle, considérée comme l'unique fonds assujetti.

(1) Demolombe, XII, n. 908; Laurent, VIII, n. 284.
(2) Cf. *infra*, n. 1167 et 1168.

§ II. *Droits et obligations du propriétaire du fonds servant.*

1140. ART. 701. « *Le propriétaire du fonds débiteur de la » servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage » ou à la rendre plus incommode. Ainsi, il ne peut changer » l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude » dans un endroit différent de celui où elle a été primitive- » ment assignée* ».

La servitude n'impose jamais, en dehors de la restriction conventionnelle autorisée par l'art. 698, une obligation de faire au propriétaire du fonds servant ; celui-ci est tenu seulement de souffrir l'exercice de la servitude si elle est positive, de s'abstenir des actes prohibés, si elle est négative et, d'une manière générale, de respecter le droit du titulaire de la servitude. L'art. 701 en signale une conséquence certaine ; il ne peut rien faire qui tende à diminuer l'usage de la servitude, à rendre son exercice plus incommode ; c'est le pendant de la disposition contenue dans l'art 702; de même que le propriétaire du fonds dominant ne peut causer une aggravation dommageable, de même le propriétaire du fonds servant ne peut imposer une diminution préjudiciable. Ainsi, pour l'application de l'art. 701, il faut rechercher si l'innovation entraîne une gêne, une incommodité, un préjudice pour le fonds dominant, question soumise à l'appréciation souveraine des juges du fait (1) ; mais ceux-ci, après avoir constaté l'existence du préjudice, ne pourraient se dispenser de donner à l'art. 701 la sanction que comporte ce texte (2).

On trouve sur ce sujet des décisions nombreuses ; il suffira de rappeler les plus intéressantes : on diminuerait la commodité d'une servitude de passage, si l'on mettait en culture la bande de terrain sur laquelle le passage s'effectue (3) ; une cour grevée d'une servitude de vue ne pourrait être recouverte d'un toit en vitrage établi au-dessus des fenêtres d'as-

(1) Cass., 28 juin 1853, S., 54. 1. 57, D., 53. 1. 308. — 8 août 1876, S., 77. 1. 55.
(2) V. *infra*, n. 1141.
(3) Metz, 19 janv. 1858, S., 58. 2. 400, D., 58. 2. 20

pect [1]; celui qui aurait concédé une servitude de pacage sur un fonds en friche ne pourrait, en principe, défricher le terrain de manière à rendre impossible l'exercice de la servitude [2]; toutes ces solutions, comme celles qui suivent, sont d'ailleurs subordonnées aux stipulations des parties et à l'interprétation des clauses du titre constitutif de la servitude [3], interprétation favorable, on le sait, en cas de doute, au propriétaire du fonds servant [4].

1141. La violation de l'art. 701 donne au propriétaire du fonds dominant le droit d'obtenir la suppression des innovations proscrites et le rétablissement des biens dans leur ancien état, alors même que le propriétaire actuel du fonds servant ne serait pas l'auteur des travaux à détruire. En effet, l'action introduite a pour but d'exiger l'exercice normal de la servitude, c'est une application de l'action confessoire, action réelle dirigée contre tout propriétaire du fonds servant. Mais ce dernier ne doit supporter les frais de la démolition que s'il est l'auteur des travaux ; celui qui a réalisé l'innovation a commis une faute personnelle, dont la réparation, comprenant les frais de rétablissement des lieux dans leur ancien état et, au besoin, des dommages-intérêts, lui incombe exclusivement, sans se transmettre à un successeur particulier, non responsable du fait d'autrui, et non tenu, d'autre part, en sa seule qualité de propriétaire du fonds servant, de faire disparaître lui-même la cause du dommage occasionné par son auteur ; il est seulement tenu de souffrir l'exercice normal de la servitude, sans pouvoir s'opposer à la destruction des obstacles que l'on rencontre. Le propriétaire du fonds dominant sera donc forcé d'agir contre l'auteur des travaux, s'il veut recouvrer les frais et obtenir des dommages-intérêts [5].

1142. Malgré la servitude, le maître de l'héritage assujetti conserve son droit de propriété et reste libre de l'exercer

(1) Cass., 30 déc. 1839, S., 40. 1. 513; 15 janv. 1840, S., 40. 1. 251, D., 40. 1. 293.

(2) Cass., 9 mai 1866, S., 67. 1. 248, D., 67. 1. 293.

(3) Cass., 23 mai 1837, S., 37. 1. 600, D., 37. 1. 397; 9 août 1853, S., 54. 1. 253, D., 54. 1. 82. — Metz, 9 mars 1859, S., 60. 2. 410.

(4) Aubry et Rau, III, § 254, p. 101. — V. *supra*, n. 1127.

(5) Aubry et Rau, III, § 254, p. 98, texte et note 4; Laurent, VIII, n. 271. — *Contrà* Demolombe, XII, n. 895. — Cpr. Cass., 16 avril 1838, S., 38. 1, 756.

dans la mesure compatible avec la charge qui le grève; il n'a rien perdu des facultés inhérentes à l'exercice du droit de propriété, tant qu'elles n'ont pas pour effet de diminuer les avantages de la servitude ; autrement dit, on doit concilier le droit du propriétaire avec celui du titulaire de la servitude (1). Ce n'est là que le prolongement ou mieux que la seconde face des règles déjà posées. En voici quelques applications pratiques : la servitude de passage n'empêche pas le propriétaire du fonds servant d'élever des constructions sur le terrain qui sert d'assiette au passage, à la condition de ménager l'espace nécessaire à l'exercice de la servitude (2); elle ne met pas obstacle non plus à l'établissement d'une clôture, même fermant à clef, si on remet, en nombre suffisant, des clefs au propriétaire du fonds dominant (3).

Le propriétaire du fonds servant peut même exercer son droit de propriété de façon à en retirer les mêmes avantages que ceux concédés au titulaire de la servitude ; s'il supporte un droit de puisage ou de passage, il peut lui-même puiser de l'eau, passer sur la partie grevée de son fonds (4); en pareil cas, les dépenses que nécessiterait l'existence simultané des deux droits de propriété et de servitude, seraient supportées en commun par les titulaires de ces droits, par les propriétaires des fonds dominant et servant, en proportion de leur jouissance respective (5). Cette faculté, pour le propriétaire, de demander à son fonds les mêmes *services* que ceux acquis au titulaire de la servitude, suppose que celle-ci n'absorbe pas l'usage intégral de certains avantages du fonds servant; autrement, le maître de l'héritage grevé devrait s'abstenir, non seulement dans le cas où il aurait renoncé expressément

(1) V. une intéressante application de cette idée dans Cass., 17 fév. 1904, *Gaz. Pal.*, 04. 1. 519.

(2) Rouen, 22 mai 1837, S., 56. 2. 666 à la note. — Aix, 9 janv. 1855, S., 56. 2. 666, D., 57. 2. 32. — Amiens, 17 fév. 1897, *Mon. Lyon*, 7 déc. 1897.

(3) Cass., 24 fév. 1903, D., 03. 1. 189, S., 03. 1. 330. — Rouen, 16 août 1857, S., 57. 2. 67. — Caen, 20 janv. 1891, D., 92. 2. 176.

(4) Aubry et Rau, III, § 254, p. 100; Demolombe, XII, n. 887. — Cass., 3 nov. 1897, *Gaz. Trib.*, 1er déc. 1897. — Cpr. Cass., 30 déc. 1839, S., 40. 1. 513.

(5) Ainsi, la servitude de pressurage, qui donnerait le droit de se servir d'un pressoir une semaine sur cinq, imposerait à son titulaire l'obligation de contribuer pour un cinquième aux frais d'entretien du pressoir.

à user du fonds de la même façon que le titulaire de la servitude (1), mais aussi dans le cas où cette conséquence ne pourrait s'induire que des circonstances de la cause et de l'étendue assignée à la servitude (2). Il faut, en effet, que le fonds dominant obtienne tout le profit qui lui a été concédé : si la servitude comporte le droit de puiser cent hectolitres d'eau à une source qui n'en fournit que cent dix, le propriétaire du fond servant ne pourra utiliser que les dix hectolitres d'excédent.

1143. La règle que le propriétaire du fonds servant ne peut « changer l'état des lieux », ne s'appliquerait pas aux changements qui peuvent lui profiter sans nuire en aucune façon au propriétaire du fonds dominant. Ainsi le propriétaire d'un héritage grevé d'une servitude de vue peut en changer l'exploitation, par exemple transformer une prairie en un champ ou réciproquement.

En effet, ce n'est là que l'exercice normal du droit de propriété, compatible avec l'usage de la servitude, on doit même reconnaître, d'une façon générale, au propriétaire du fonds servant la faculté de réaliser toute innovation, même en modifiant l'exercice de la servitude, pourvu qu'elle n'en diminue pas l'utilité, et ne cause aucun préjudice au fonds dominant (3); cette solution résulte *a contrario* des principes posés dans l'art. 701; l'innovation ainsi réalisée peut avoir pour résultat de rendre seulement la servitude moins onéreuse pour le fonds servant (4).

1144. Enfin, en règle générale aussi, le propriétaire du fonds servant, lorsque l'exercice de la servitude devenant

(1) Cpr. Cass., 25 juin 1834, S., 34. 1. 509.

(2) Cass., 30 déc. 1839, S., 40. 1. 513, D., 40. 1. 80.

(3) Montpellier, 23 juill. 1846, S., 47. 2. 405. — Cpr. Cass., 19 mai 1824, S., 35. 2. 461.

(4) On a fait remarquer avec raison, à ce propos, que le propriétaire du fonds servant pouvait, en vertu de son droit de propriété, faire chez lui des ouvrages que le propriétaire du fonds dominant ne pourrait entreprendre en vertu de l'art. 697; en effet, ce texte ne permet d'exécuter que les travaux *nécessaires* à l'exercice de la servitude, tandis que le propriétaire du fonds servant peut encore réaliser ceux qui ont seulement pour but *d'en faciliter* l'exercice, ce qui aura souvent pour résultat de rendre la servitude moins onéreuse pour le fonds assujetti. — V. Demolombe, XII, n. 893.

plus onéreux, paralyse son droit de propriété, est autorisé à prendre l'initiative d'une modification, dans le but de faire fixer un nouveau mode d'exercice moins préjudiciable à ses intérêts, lorsque, par ailleurs, il n'en résulte aucune incommodité pour le propriétaire du fonds dominant. Si celui-ci refusait une transformation offerte dans ces conditions, elle pourrait lui être imposée par une décision de justice, dont les frais seraient à sa charge, en supposant que le propriétaire du fonds servant ait fait au préalabble le nécessaire pour obtenir un arrangement amiable (1). La règle, avec cette formule générale, trouverait des applications pratiques à propos de servitudes relatives à l'extraction de matières diverses. L'art. 701 *in fine* en tire lui-même une conséquence et donne un exemple concernant l'assiette de certaines servitudes.

L'art. 701 ajoute : « *Mais cependant, si cette assignation* » *primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du* » *fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des répara-* » *tions avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de* » *l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de* » *ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser* ».

Le déplacement de l'assiette de la servitude se conçoit surtout à l'égard d'une servitude de passage (2) ou d'aqueduc (3). L'art. 701, § 3, s'applique sans qu'il y ait lieu de distinguer si le mode d'exercice de la servitude a été ou non réglé par le titre constitutif (4), ou si la servitude a été créée par titre, par prescription ou par destination du père de famille (5).

(1) Demolombe, II, n. 903. — Le propriétaire du fonds servant ne pourrait, de son autorité privée, changer l'assiette de la servitude, Trib. paix Saint-Maixent, 22 oct. 1894, *Mon. just. paix*, 95. 207. — La question du déplacement de l'assiette de la servitude n'est pas de la compétence du juge de paix, Trib. Gien, 1er août 1894, *Gaz.Pal.*, 94. 2. 372.

(2) Cass., 19 avril 1842, S., 42. 1. 442, D., 42. 1. 212; 16 juillet 1878, S., 79. 1. 268, D., 79. 1. 128; 19 juin 1882, S., 84. 1. 120, D., 83. 1. 288.

(3) Dijon, 19 avril 1871, S., 71. 2. 244. Une application de l'art. 701 a été faite dans une espèce où le propriétaire du fonds servant avait reporté à une certaine distance, en aval de sa situation primitive, la vanne de décharge des eaux qu'il devait recevoir. — Cass., 22 mars 1893, S., 96. 1. 356.

(4) Cass., 19 juin 1882, précité.

(5) Pau, 3 juin 1831, S., 31. 2. 234, D., 31. 2. 191. — Riom, 23 avril 1879, D., 80. 2. 61. — Cpr. Cass., 20 fév. 1884, D., 84. 1. 392; Pau, 14 janv. 1879, D., 80.

Dans tous les cas, il faut, d'une part, que la modification soit utile au fonds servant et, d'autre part, qu'elle ne cause aucun préjudice au fonds dominant (1). Ce préjudice sera apprécié non d'après l'état de ce fonds à l'époque où la servitude a été établie, mais d'après la façon même dont la servitude est exercée au moment où le déplacement est demandé (2).

C'est au propriétaire du fonds servant qu'il appartient d'invoquer formellement l'art. 701, § 3; s'il se contente d'offrir, à titre transactionnel, un déplacement de la servitude, le juge ne peut faire état de cette offre, quand elle n'a pas été acceptée par le propriétaire du fonds dominant (3).

1145. La faculté accordée par notre texte, conséquence d'un principe général sous-entendu, est par ailleurs imprescriptible (4).

Si le propriétaire du fonds servant avait expressément ou tacitement renoncé à cette faculté, pourrait-il, quand même, s'en prévaloir? Un arrêt de la cour de cassation, voulant respecter la volonté des parties consacre une solution négative (5). L'opinion contraire, généralement enseignée dans la doctrine, paraît préférable ; on dit, d'ordinaire, à l'appui, que la faculté de l'art. 701 § 3 a été accordée dans l'intérêt général de la propriété, dans un intérêt public, plutôt que dans l'intérêt privé du fonds servant. La notion de l'intérêt général étant très flottante, difficile à préciser, toujours douteuse, il vaut mieux recourir à un autre motif : le propriétaire du fonds dominant n'a aucun intérêt à s'opposer à un déplacement très utile au propriétaire du fonds servant; sa résistance injuste n'est dictée, par suite, que par un esprit de malice, par le

2. 116. — Le texte recevrait encore application dans le cas où la prescription aurait fixé l'assiette d'un passage pour cause d'enclave.

(1) Cass., 19 avril 1842, S., 42. 1. 442, D., 42. 1. 212.

(2) Demolombe, XII, n. 899. — Cpr. cependant Pau, 9 février 1835, S., 35. 2. 460, D., 35. 2. 177. — Les frais du déplacement incombent en principe au propriétaire du fonds servant. Cass., 8 mai 1882, D., 82. 1. 311. — Mais il n'est dû aucune indemnité au propriétaire du fonds dominant, Cass., 22 mars 1893, D., 93. 1. 408.

(3) Cass., 3 nov. 1903, D., 04. 1. 16.

(4) Nous avons déjà vu quel pouvait être l'effet de la prescription sur le changement d'assiette de la servitude. — V. *supra*, n. 1105. — Cpr. *infra*, n. 1172.

(5) Cass., 19 mai 1824, S., 35. 2. 461 à la note, D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 1172.

dessein de nuire ; il a, sans doute, un droit, mais c'est l'exercer d'une façon abusive que de vouloir nuire à autrui et c'est manquer à la bonne foi, loi suprême des conventions. Donc, la clause de renonciation demeure sans effet, s'il est bien établi que le déplacement demandé n'entraîne aucun inconvénient pour le propriétaire du fonds dominant (1).

§ III. *Des actions qui naissent des servitudes.*

1146. Lorsque le titulaire de la servitude agit en justice à l'effet de faire reconnaître l'existence ou l'étendue de son droit, il exerce une action, que, depuis les jurisconsultes romains, l'on appelle *action confessoire*. On donne, au contraire, le nom d'*action négatoire* à celle qui est intentée pour faire écarter une servitude prétendument établie sur un fonds ou pour en faire réduire l'étendue. Les deux actions sont analogues à la revendication et elles sont soumises, sauf au point de vue de la preuve, à des règles semblables (2).

Les servitudes donnent aussi naissance à des actions possessoires. Le titulaire de la servitude peut utiliser l'action possessoire à l'effet d'écarter les troubles apportés à l'exercice de son droit, sous l'obligation de réunir les conditions prévues par l'art. 23 Proc. civ. Il faut, par suite, qu'il s'agisse d'une servitude continue et apparente, ou que la quasi-possession d'une servitude quelconque s'appuie sur un titre émané du propriétaire de l'héritage assujetti, ou encore que la servitude discontinue mais apparente résulte, dans l'hypothèse de l'art. 694, de la destination du père de famille (3).

Quant au propriétaire du fonds servant, il peut intenter

(1) Aubry et Rau, III, § 254, p. 101, texte et note 13 ; Demolombe, XII, n. 905 ; Laurent, VIII, n. 275. — Pau, 9 fév. 1835, S., 35. 2. 460, D., 35. 2. 177.

(2) Pour démontrer l'existence d'une servitude, il faut nécessairement prouver qu'elle a été créée par l'un ou l'autre des trois modes d'établissement prévus, et nous avons vu, d'ailleurs, quelles étaient les règles spéciales applicables à la preuve de chacun de ces modes ; on ne pourrait invoquer, comme en matière de propriété dans le système de la jurisprudence, des présomptions de fait ; il n'y a plus les mêmes motifs de les admettre ; la naissance de la servitude n'est pas reculée presque à l'infini dans le passé, comme celle du droit de propriété ; la loi a pu prévoir les causes limitatives qui marquent l'origine de la servitude.

(3) Cass., 5 juin 1872, S., 72. 1. 371, D., 75. 1. 428.

l'action possessoire contre le trouble résultant de l'exercice d'une servitude dont il nie l'existence, ou de l'exercice abusif de la charge réellement établie, quel que soit le caractère de la servitude.

1147. Une question agitée depuis les jurisconsultes romains se pose encore aujourd'hui, lorsqu'au pétitoire un propriétaire intente l'action négatoire de servitude contre un adversaire ayant la quasi-possession du droit, reconnue par le demandeur ou fixée d'abord par un jugement au possessoire. Sur qui va retomber le fardeau de la preuve? Depuis le droit romain une opinion soutient que la preuve incombe au défendeur. Le demandeur n'aurait à se préoccuper que d'établir son droit de propriété; le défendeur, en se prétendant titulaire de la servitude, invoquerait une exception dont il devrait soutenir le fondement; on traduit ainsi, sous une autre formule, l'éternel argument, retenu du reste par la jurisprudence actuelle, d'une présomption de liberté en faveur des héritages (1). Certes, dit-on dans un second système, les propriétés sont présumées libres de toute charge, le droit de propriété étant exclusif et absolu, en principe; mais quelle est la valeur de cette présomption, lorsque, en fait, se dresse contre elle la présomption qui résulte de la quasi-possession de la servitude? Lorsque le propriétaire du fonds servant a, dans le procès, établi son droit de propriété, a-t-il justifié sa demande? Non, semble-t-il; ce n'est pas le droit de propriété qui est contesté, mais le droit de servitude; le défendeur n'a jamais nié le droit de propriété de l'adversaire; bien mieux, il le reconnaît dès le début, puisqu'il se prétend titulaire d'une servitude sur l'héritage du demandeur; le débat ne porte que sur l'existence ou l'inexistence de la servitude; et c'est sur ce seul point que la preuve doit être fournie; le défendeur, n'oppose pas une exception, il se contente de nier le bien fondé de la demande introduite; alors que l'ad-

(1) Agen, 30 nov. 1852, S., 54. 2. 81, D., 53. 2. 28; 23 nov. 1857, S., 57. 2. 769, D., 58. 2. 27. — V. en ce sens Aubry et Rau, II, § 219, p. 399, texte et note 43; Demolombe, XII, n. 957; Laurent, VIII, n. 288; Pothier, *De la possession*, n. 83; Merlin, *Quest.*, v° *Servitude*, § 3, n. 1; Garnier, *De la possession*, p. 487; Marcadé, sur l'art. 1315, n. 2.

versaire conclut à l'inexistence de la servitude, il conclut, lui, à son existence. Et qu'on ne vienne pas objecter l'impossibilité, ni même la difficulté d'une preuve négative imposée au demandeur ! Celui-ci n'a qu'à écarter successivement les trois modes d'établissement des servitudes pour être assuré du succès. La solution qui vient d'être soutenue est si exacte, que dans l'hypothèse d'un débat élevé sur l'étendue de la servitude, la position respective des parties restant la même, on oblige le propriétaire du fonds servant à démontrer l'abus commis dans l'exercice de la servitude ; il n'y a qu'un degré de plus, lorsque le débat porte sur l'existence même de la servitude (1).

Réflexion faite, il vaut encore mieux admettre le système déjà suivi par les meilleurs des jurisconsultes romains, par la jurisprudence et la grande majorité de la doctrine ; mais nous voudrions rectifier les motifs qui le justifient, au moins dans la façon de les mettre en lumière. En supposant que le défendeur ait une quasi-possession utile, pouvant conduire à la prescription, ce qui est pour lui l'hypothèse la plus favorable, c'est-à-dire en supposant qu'il ait exercé en fait une servitude continue et apparente, quel est l'effet propre de cette situation? La quasi-possession engendre bien, si on le veut, une présomption (2), favorable à l'existence de la servitude au profit du quasi-possesseur, mais la question est de savoir si cette présomption pourra, dans le procès, être utilisée contre celle de la liberté des héritages. On l'affirme, à tort, dans le second système et cette affirmation n'est qu'une pétition de principe. A vrai dire, la présomption tirée de la quasi-possession ne saurait entrer utilement en ligne dans le procès, car la preuve par présomption des servitudes n'est pas admise (3), à moins qu'il ne s'agisse de la prescription, présomption légale, absolue et irréfragable. L'erreur du système adverse vient de ce que l'on raisonne par analogie des règles suivies

(1) Duranton, V, n. 641 ; Pardessus, II, n. 330 : Toullier, II, p. 442 et 443. — Limoges, 15 fév. 1837, S., 37. 2. 171. — 20 nov. 1843. S., 44. 2. 158.

(2) V. sur ce principe Cass., 6 juill. 1892, D., 92. 1. 488.

(3) La présomption est plutôt de fait que légale.

en matière de revendication sur la preuve du droit de propriété, alors qu'il y a une différence considérable. Dans l'action en revendication, la possession du défendeur apparaît utilement puisque, en somme, la preuve du droit de propriété repose toujours sur une présomption plus ou moins forte; dans l'échelle de ces présomptions diverses, la possession devait naturellement trouver sa place (1); d'autre part, le possesseur a la qualité de défendeur et il doit triompher, lorsque l'adversaire n'a pu prouver sa demande, c'est-à-dire lorsqu'il n'a pas lui-même une présomption supérieure à celle de la possession. Tout autre apparaît le procès sur l'action négatoire. Le demandeur est propriétaire; ce point est admis sans débat; du même coup sa propriété est présumée libre, le droit de propriété étant de sa nature exclusif et absolu; la présomption, qu'elle soit légale ou de fait, est admissible, puisqu'il s'agit du droit de propriété; en d'autres termes, l'*inexistence* d'une servitude, c'est-à-dire la liberté de l'héritage, peut être établie à l'aide d'une présomption. Pour que le défendeur triomphe, il faut qu'il détruise la présomption favorable à l'adversaire, qu'il prouve l'*existence* de la servitude; or la quasi-possession est tout à fait insuffisante à ce but; la servitude ne résulte que du titre, de la destination du père de famille ou de la prescription, mais non de la quasi-possession; l'existence de la servitude ne se prouve pas par présomption. La qualité de défendeur ne saurait, du reste, assurer le succès du quasi-possesseur, puisque l'adversaire a fait sa preuve, grâce à une présomption efficace, demeurée debout.

SECTION IV

COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTEIGNENT

Le code civil indique trois causes d'extinction des servitudes : 1° l'impossibilité d'en user (art. 703 et 704) ; 2° la confusion (art. 705); 3° le non-usage pendant trente ans (art. 706 à 710). Nous verrons qu'il y a lieu d'ajouter à cette liste.

(1) V. *supra*, n. 253.

§ I. *Impossibilité d'user de la servitude.*

1148. « *Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent* » *en tel état qu'on ne peut plus en user* », dit l'art. 703.

« *Elles revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on* » *puisse en user; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un* » *espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction* » *de la servitude ainsi qu'il est dit à l'article 707* » (art. 704). Nous trouvons une application de ce principe dans l'art. 665 ainsi conçu : « *Lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une* » *maison, les servitudes actives ou passives se continuent à* » *l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans* » *toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la* » *reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise* ».

L'art. 665 consacre ainsi, par faveur pour les servitudes, une solution différente de celle reçue à propos de l'extinction de l'usufruit.

Les expressions *cessent, revivent,* employées ici par le législateur, sont inexactes. Lorsque l'état des choses devient tel que l'usage de la servitude est impossible, le droit à la servitude subsiste; mais il y a un obstacle de fait à son exercice. Si cet obstacle disparaît, la servitude pourra être de nouveau exercée; car elle n'était pas éteinte, elle sommeillait seulement.

1149. Il appartient aux tribunaux de décider, suivant les circonstances de la cause, s'il y a vraiment impossibilité d'user de la servitude; il en est ainsi, lorsque le fonds servant ne peut continuer à procurer au fonds dominant la même utilité, ou lorsque le fonds dominant devient incapable d'en profiter (1). Si le changement survenu dans l'un ou dans l'autre des héritages n'apportait qu'une modification dans l'exercice, dans l'assiette de la servitude, sans charge nouvelle pour le fonds servant, l'exercice du droit ne serait pas interrompu (2).

Ainsi l'abaissement du lit d'un ruisseau, au point où

(1) Peu importe, par conséquent, que le changement soit survenu dans le fonds dominant ou dans le fonds servant. — Cass., 1er avril 1889, D., 90. 1. 270.

(2) Cass., 22 fév. 1875, S., 75. 1. 293.

s'amorce un aqueduc, n'emporte pas extinction de la servitude, si la prise d'eau peut être établie sur un autre point, sans dommage, ni aggravation pour le fonds servant (1). Si le changement n'entraîne qu'un obstacle partiel à l'exercice de la servitude, les art. 703 et 704 ne s'appliquent que dans la mesure où la servitude ne peut plus s'exercer ; lorsque l'on a stipulé un droit de passage à pied et avec chevaux et voitures, le droit de passer à pied continue à s'exercer, alors même qu'il y aurait impossibilité de faire circuler des voitures (2) ; de même une servitude *non altius tollendi* subsiste, bien qu'une voie publique soit venue séparer les deux fonds, et ait été pratiquée en partie sur eux (3).

1150. On est, sans aucun doute, dans l'hypothèse des articles 703 et 704, lorsque l'impossibilité d'user provient du fait d'un tiers agissant dans les limites de son droit (4), lorsque, par exemple, à la suite de fouilles pratiquées sur son fonds, un tiers vient à tarir la source grevée d'une servitude de prise d'eau (5) ; il en est encore ainsi, lorsque l'impossibilité d'user a pour cause un événement naturel ou de force majeure (6) ; lorsque, par exemple, la destruction d'un barrage empêche l'exercice de la même servitude de prise d'eau (7).

Mais, que décider si l'obstacle apporté à la jouissance du droit se produit, soit par le fait du propriétaire du fonds servant, soit par le fait d'un tiers agissant en dehors de son droit, soit enfin par le fait du propriétaire du fonds dominant ? Des auteurs soutiennent qu'il convient alors de se reporter aux règles sur l'extinction des servitudes par le non usage (8). La

(1) Cass., 11 déc. 1861, S., 62. 1. 513, D., 62. 1. 79. — V. aussi Cass., 14 mai 1872, S., 72. 1. 388, D., 72. 1. 307.

(2) Cass., 9 déc. 1857, S., 59. 1. 843, D., 58. 1. 110.

(3) Cass., 7 mai 1851, S., 51. 1. 409, D., 51. 1. 155. — Paris, 11 nov. 1833, sous Cass., 30 mars 1837, S., 37. 1. 980, D., 37. 1. 290. — Dijon, 9 janv. 1852, S., 52. 2. 127, D., 52. 2. 70.

(4) Cass., 16 mai 1838, S., 38. 1. 570, D., 38. 1. 244. — Lyon, 9 déc. 1882, S., 85. 2. 117.

(5) Cass., 16 mai 1838, précité. — Aubry et Rau, III, § 255, p. 101.

(6) Cass., 19 mars 1872, S., 72. 1. 291, D., 72. 1. 253. — Lyon, 9 déc. 1882, précité.

(7) Cass., 3 mars 1890, S., 90. 1. 245, D., 91. 1. 37.

(8) Aubry et Rau, III, § 255, p. 102, texte et note 4. — Cpr. Demolombe, XII, n. 971 ; Pardessus, II, n. 294.

controverse n'offre aucun intérêt pratique, puisque le point de départ du délai de trente ans, dont l'expiration emporte extinction définitive de la servitude, commence à courir à partir du moment où l'obstacle contraire à l'exercice de la servitude a été dressé, peu importe que l'on applique l'art. 704 ou l'art. 707 (1).

Cependant, on peut faire remarquer, contre la solution généralement admise, que les art. 703 et 704 ne comportent aucune distinction; il suffit qu'il y ait impossibilité d'user, quelle qu'en soit l'origine; même l'art. 665 semble bien se placer dans l'hypothèse où le propriétaire du fonds dominant ou du fonds servant a lui-même démoli son mur et sa maison pour les réédifier.

1151. La servitude s'exerce à nouveau, quand cesse l'impossibilité d'user, « si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user », question de fait soumise encore à l'appréciation des tribunaux. Il n'est pas nécessaire, toutefois, que les lieux soient rétablis identiquement dans l'état primitif (2); il suffit que la même servitude puisse encore être exercée, sans aggravation pour le fonds servant; ainsi une servitude de prise d'eau, interrompue par la destruction du barrage et du canal établis sur le fonds servant, subsiste, si par de nouveaux travaux, différents du barrage primitif, les eaux sont encore amenées et retenues sur le fonds assujetti (3); il en est ainsi, *a fortiori,* lorsque la servitude exercée après ces modifications est moins onéreuse que par le passé (4).

La servitude ne continue à s'exercer, comme le dit notre article, que si l'obstacle disparaît avant l'expiration du délai de trente ans. Autrement, la servitude serait définitivement éteinte par le non usage, conformément à l'art. 706, à moins que la prescription n'ait été suspendue ou interrompue conformément aux règles du droit commun.

C'est ainsi que la prescription ne court ni contre les mi-

(1) V. *infra*, n. 1158.

(2) Cass., 21 mai 1851, S., 51. 1. 406, D., 51. 2. 273. — Bordeaux, 14 août 1855, S., 56. 2. 683, D., 57. 5. 306.

(3) Cass., 21 mai 1851, précité.

(4) Cass., 25 juin 1866, S., 66. 1. 348, D., 66. 1. 471.

neurs, ni contre les interdits; par ailleurs, elle est susceptible d'être interrompue soit par une reconnaissance volontaire du propriétaire du fonds servant, soit par une action judiciaire en déclaration de servitude. Il s'agit, en effet, d'une véritable prescription extinctive ayant le même caractère que la prescription régie par les art. 706 s.; le délai de trente ans n'est pas, comme on l'a prétendu, un délai préfix qui n'admet ni suspension, ni prescription; l'art. 665 et le renvoi formel que l'art. 704 fait à l'art. 707 ne permettent guère d'hésiter sur ce point (1).

1152. Les trente ans courent à compter du jour où s'est accompli le fait qui entraîne l'impossibilité d'user de la servitude, même quand la servitude est continue.

En effet, l'obstacle apporté à l'exercice de la servitude, quelle qu'en soit la cause, cas fortuit, fait d'un tiers ou de l'un des propriétaires, est un acte *contraire* à la servitude : lorsque la maison, qui jouissait d'une vue sur le voisin, est démolie, quel événement pourrait-on concevoir qui fût plus en opposition avec la servitude établie (2) ? Ainsi le fait qui entraîne l'impossibilité d'user marque toujours le point de départ du délai de trente ans : on doit l'envisager comme acte *contraire,* s'il s'agit d'une servitude continue; et s'il s'agit d'une servitude discontinue, il marque le moment à partir duquel cesse l'exercice effectif du droit (3).

On a soutenu que, s'il était resté sur l'héritage servant des vestiges de la servitude, la quasi-possession de celle-ci se conserverait par ces vestiges et que la prescription ne commencerait à courir que du jour de leur destruction (4). Cette solu-

(1) Aubry et Rau, III, § 255, p. 104, texte et note 9; Demolombe, XII, n. 979; Laurent, VIII, n. 296. — *Contrà* Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 308. — V. *infra,* n. 1155, au sujet d'une autre différence que l'on a voulu établir entre l'art. 704 et l'art. 707.

(2) On verra *infra,* n. 1158, sous l'art. 707, que l'acte *contraire* peut provenir d'un cas fortuit, d'un tiers ou de l'un des propriétaires des fonds dominant et servant. Il est donc inutile, comme le disent certains auteurs (Laurent, VIII, n. 297), de signifier au propriétaire du fonds dominant une défense de rétablir les lieux en état, une protestation contre le rétablissement de la servitude.

(3) Demolombe, XII, n. 980; Laurent, *loc. cit.* — *Contra* G. Demante, *Revue de droit français et étranger,* 1850, VII, p. 577. — Cpr. Aubry et Rau, III, § 255, p. 102, texte et note 6.

(4) Aubry et Rau, III, § 255, p. 103, texte et note 8.

tion n'est pas conforme au texte de l'art. 703 : la seule question à examiner est celle de savoir si l'usage de la servitude est devenu ou non impossible en tout ou en partie. S'il y a impossibilité complète d'user, il n'y a pas à se préoccuper des vestiges de l'ancien état de choses; la servitude s'éteindra au bout de trente ans, parce qu'en fait il y aura nécessairement non usage, et que le maintien de ces vestiges ne saurait être interprété comme une reconnaissance de la servitude (1). Si, au contraire, les vestiges sont tels qu'ils permettent d'exercer encore partiellement la servitude, celle-ci sera conservée dans la mesure même de cet exercice partiel (2).

§ II. *Confusion.*

1153. « *Toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui* » *elle due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même* » *main* » (art. 705). La confusion, d'une manière générale, est la réunion, sur la même tête, de deux qualités incompatibles (3). En matière de servitudes, elle a lieu lorsque le propriétaire du fonds dominant acquiert la propriété du fonds servant, ou réciproquement; elle se produit encore lorsqu'un tiers se rend acquéreur des deux héritages dominant et servant. Par application de la règle *Nemini res sua servit,* la servitude se trouve alors éteinte.

La confusion n'opère que dans la mesure où la servitude ne peut plus s'exercer sur le fonds d'autrui; si donc une partie seulement de l'un des fonds est réunie à l'autre, la servitude subsistera et s'éteindra en tout ou en partie, suivant des distinctions analogues à celles indiquées relativement à l'hypothèse de la division des fonds dominant et servant (4).

1154. Supposons que les deux fonds cessent d'appartenir au même maître, ce qui fait cesser la confusion. La servitude revivra-t-elle? Il faut distinguer.

(1) V. en ce sens Demolombe, XII, n. 1012; Laurent, VIII, n. 298; Pardessus, II, n. 308.

(2) V. *supra,* n. 1149.

(3) Ce même phénomène juridique porte, en matière d'usufruit, le nom plus spécial de *consolidation.*

(4) Demolombe, XII, n. 983; Laurent, VIII, n. 300. — Cpr. *supra,* n. 1138 s.

a. Si la confusion cesse avec effet rétroactif, *ex tunc*, la servitude revit, ou mieux elle est considérée comme n'ayant jamais été éteinte, car la confusion, qui avait amené son extinction, est censée n'avoir jamais existé. Ainsi le propriétaire du fonds dominant achète le fonds servant. Il y a confusion et par suite extinction de la servitnde. Mais voilà que la vente est résolue par défaut de paiement du prix. La servitude revivra, ou mieux elle sera censée n'avoir jamais été été éteinte; car la vente qui avait produit la confusion, est considérée comme non avenue; elle disparaît avec effet rétroactif par suite de la résolution, et avec elle la confusion qui en était la conséquence.

Il en est de même toutes les fois que l'acquisition qui avait produit la confusion s'efface par suite d'annulation, de rescision, de résolution ou par l'effet d'une éviction, à la suite d'une action en revendication ou d'une action hypothécaire.

b. Au contraire, si la confusion cesse sans effet rétroactif, *ex nunc*, la servitude ne revivra pas. C'est ce qui arriverait, si le propriétaire du fonds dominant, après avoir acheté le fonds servant, le revendait à un tiers. Cependant, si la servitude était continue et apparente, elle revivrait par la destination du père de famille (arg. art. 692 et 693). Il suffirait même qu'elle fût apparente, si le titre constatant la séparation des deux fonds était représenté et ne contenait rien de contraire à son maintien (art. 694) (1); mais, à défaut d'une réserve expresse ou d'une réserve tacite résultant de la destination du père de famille, la servitude ne pourrait recouvrer son existence (2).

Lorsque la confusion s'est opérée à la suite d'une succession, le propriétaire du fonds dominant étant devenu l'héritier du propriétaire du fonds servant ou réciproquement, on admet assez généralement que la confusion cesse si l'héritier vient à céder ses droits successifs; les servitudes anciennes continueraient à subsister pour et contre le cessionnaire dans ses rapports avec le cédant, mais la confusion conserverait

(1) V. *supra*, n. 1123.

(2) Cpr. Cass., 24 janv. 1883, S., 84. 1. 372, D., 84. 1. 112. — On peut critiquer les termes trop généraux d'un arrêt de Lyon, 12 juill. 1865, S., 65. 2. 288.

ses effets à l'égard des tiers qui auraient intérêt à s'en prévaloir, dans le cas, par exemple, où l'héritier aurait, avant la cession, aliéné l'héritage assujetti (1). Cette solution se justifie par l'objet même de la cession d'hérédité, qui porte sur tous les droits trouvés dans le patrimoine du *de cujus* au moment de son décès et sur ceux-là seulement; la volonté certaine des parties est de faire revivre les servitudes momentanément éteintes par la confusion; si on le veut, elles sont à nouveau constituées par le titre même qui réalise la cession d'hérédité (2).

§ III. *Non-usage pendant trente ans.*

1155. « *La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans* », dit l'art. 706. La loi suppose que le propriétaire du fonds dominant a renoncé à son droit, lorsqu'il est resté pendant un aussi long délai sans l'exercer.

Bien que ce motif n'existe qu'au cas de non-usage volontaire, notre disposition devrait être appliquée même au cas de non-usage forcé, car la loi ne distingue pas. Il y a non-usage forcé, lorsqu'un obstacle de fait invincible s'oppose à l'exercice de la servitude, comme si la source grevée de la servitude de puisage vient à se tarir. Trente ans de non-usage forcé entraîneraient donc l'extinction de la servitude, aussi bien que trente ans de non-usage volontaire. L'art. 704 ne permet guère d'en douter; car il ne fait revivre la servitude, éteinte par l'impossibilité d'user, qu'autant que l'usage en redevient possible avant l'expiration du délai de trente ans. Aussi cette solution, qui trouve d'ailleurs un point d'appui dans les travaux préparatoires de la loi, est-elle consacrée par la jurisprudence et admise par les auteurs, sauf quelques dissidences (3). D'ailleurs le propriétaire du fonds dominant

(1) En supposant, d'ailleurs, que les art. 692 et 694 ne soient pas applicables.

(2) Aubry et Rau, III, § 255, p. 105, texte et note 13; Demolombe, XII, n. 986; Proudhon, *De l'usufruit*, IV, n. 2095; Toullier, III, n. 669; Merlin, *Rép.*, v° *Servitude*, § 32. — *Contrà* Laurent, VIII, n. 303.

(3) Cass., 3 mars 1890, S., 90. 1. 245, D., 91. 1. 37; Aubry et Rau, III, § 255, p. 103, texte et note 7; Demolombe, XII, n. 979; Laurent, VIII, n. 295; Demante, II, n. 562 *bis*, III; Duranton, V. n. 655.

peut conjurer la prescription dont il est menacé par le non-usage auquel il est condamné en obtenant du propriétaire du fonds servant une reconnaissance volontaire ou judiciaire de la servitude.

Cela permet de répondre à l'objection que l'on a présentée contre l'assimilation des art. 704 et 707 ; on a voulu établir une différence entre les hypothèses prévues dans ces deux textes ; dans le cas de l'art. 704 la servitude subsisterait, même après trente ans, lorsqu'il n'a pas été au pouvoir du propriétaire de l'héritage dominant de faire cesser auparavant l'obstacle qui s'opposait à l'exercice de la servitude ; *Contra non valentem agere non currit præscriptio* (1). Cette différence est contredite par les textes ; d'autre part, la maxime invoquée, outre qu'elle n'a pas de valeur légale, n'est nullement exacte en fait, puisque le titulaire de la servitude est libre d'interrompre la prescription au moyen d'une action judiciaire.

L'art. 704, malgré son assimilation à l'art. 707, offre précisément cette utilité de contenir une répudiation formelle de l'opinion contraire enseignée par Domat dans l'ancien droit (2).

1156. Tandis que les servitudes à la fois continues et apparentes sont les seules qui puissent être établies par la prescription, au contraire, toutes les servitudes quelles qu'elles soient, continues et discontinues, apparentes ou non, positives ou négatives, sont susceptibles de s'éteindre par le non-usage.

Il importe d'observer ici que les droits de propriété ou de copropriété, si voisins parfois du droit de servitude, ne s'éteignent pas par le seul fait du non-usage pendant trente ans ; la perte du droit de propriété ne résulte pas d'une prescription extinctive, elle est la conséquence d'une prescription acquisitive accomplie au profit d'un tiers qui a possédé la chose pendant le temps requis pour l'usucapion : il est donc utile à ce

(1) V. dans le sens de cette seconde opinion Domat, *Lois civiles*, L. I, tit. 12, sect. VI, n. 1 ; Toullier, III, n. 690 ; Marcadé sur les art. 703 et 704 ; Taullier, II, p. 462.

(2) V. *supra*, n. 1151 sur une autre différence que l'on a voulu établir entre les art. 704 et 707.

point de vue de savoir si le droit litigieux est un droit de propriété ou de servitude (1).

1157. D'ailleurs les servitudes continues périssent plus difficilement par le non-usage que les servitudes discontinues. En effet, aux termes de l'art. 707 : « *Les trente ans commen-* » *cent à courir, selon les diverses espèces de servitudes, ou du* » *jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes* » *discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à* » *la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues* ».

L'exercice de la servitude discontinue supposant le fait actuel et incessamment renouvelé de l'homme, du jour où ce fait ne se produit plus, du jour, par exemple, où l'homme ne passe plus, s'il s'agit d'une servitude de passage, la servitude cesse d'être exercée, et par suite la prescription extinctive commence à courir.

Ce qui importe, c'est que la servitude soit exercée ; mais il n'est pas nécessaire que ce soit par le propriétaire du fonds dominant (2). L'usage de la servitude, dans le but de la conserver, n'est pas soumis aux mêmes conditions que les faits de possession nécessaires pour l'établir ; ainsi tant que la servitude subsiste, les actes d'usage ne sauraient être entachés de précarité, mais à la condition que ces actes se refèrent bien à la servitude établie et qu'ils ne puissent être considérés comme la jouissance d'une servitude nouvelle, bien qu'analogue à la précédente.

Cette remarque permet d'expliquer la décision d'un arrêt, d'après lequel une servitude de passage a été déclarée éteinte par le non-usage pendant les trente ans qui ont suivi la suppression du sentier servant d'assiette à la servitude, bien que, durant ce temps, se fussent produits des actes de passage, rares et isolés, considérés, d'après les circonstances, comme étant de pure tolérance (3).

(1) Cass., 25 avril 1855, S., 56. 1. 397, D., 55. 1. 160. — Cpr. Rouen, 14 juin 1843, S., 43. 2. 519, la solution de cet arrêt paraît assez douteuse en fait. — Nous avons vu *supra*, n. 805 que la distinction était encore utile au point de vue de l'acquisition des droits.

(2) V. *infra*, n. 1166.

(3) Cass., 23 juill. 1860, S., 61. 1. 526, D., 61. 1. 111.

Lorsqu'il s'agit d'une servitude dont l'exercice, au lieu d'être quotidien, est nécessairement périodique, intermittent, le délai de la prescription reste le même [1]; mais, dans l'opinion générale, ce délai court seulement du jour où aurait dû se produire un acte de jouissance, et non pas du jour où a été effectivement accompli le dernier acte d'exercice; en supposant une servitude qui donne le droit d'extraire tous les deux ans de la marne dans le fonds voisin, ou une servitude de passage pour l'exploitation des coupes décennales d'une forêt, le délai de trente ans court non pas de la dernière extraction, ni du dernier fait de passage, mais du jour où, une nouvelle période étant expirée, le titulaire de la servitude a négligé de nouveau de jouir de son droit, c'est-à-dire deux ans ou dix ans après le dernier acte d'exercice [2].

Cependant la solution contraire s'appuie sur des motifs préférables : le texte absolu de l'art. 707 ne comporte aucune distinction : le délai de trente ans court à partir du moment où la jouissance effective cesse; en fait, dans les exemples indiqués, la cessation de l'usage n'a pas eu lieu deux ou dix années après le dernier acte d'exercice, mais bien le jour même où cet acte a été accompli; l'expiration de la période biennale ou décennale sans jouissance nouvelle, le retour du moment où le propriétaire du fonds dominant, pouvant exercer à nouveau la servitude, a négligé de le faire, ont seulement pour effet de démontrer la cessation de l'usage, à la fin de la période antérieure. On doit supposer qu'à partir du dernier acte d'exercice le titulaire n'a plus eu l'intention de conserver son droit [3].

1158. Le point de départ de la prescription ne pouvait être le même pour les servitudes continues, qui s'exercent d'elles-mêmes, sans le fait actuel de l'homme, comme la servitude d'égout des toits, d'aqueduc... Elle ne cessent de s'exercer que lorsqu'il a été accompli quelque acte contraire à l'exercice

[1] En droit romain la solution était différente, l. 7, Dig., *Quemad. servit amitt.*

[2] Aubry et Rau, II, § 179, p. 90, note 31 et III, § 255, p. 105; Demolombe, XII, n. 1013; Laurent, VIII, n. 307. — Cpr. Caen, 5 déc. 1827, S., 30. 2. 206.

[3] V. en ce sens Pardessus, II, n. 310; Proudhon, *Usufr.*, VII, n. 618. — Dijon, 21 nov. 1867, S., 68. 2. 105.

de la servitude, tel que la rupture des tuyaux de conduite s'il s'agit d'une servitude d'aqueduc; et c'est alors seulement que la prescription peut commencer à courir.

Il importe peu que l'acte contraire ait pour auteur le propriétaire du fonds servant, le propriétaire du fonds dominant ou un tiers, par exemple le fermier de l'un ou de l'autre fonds; peu importe aussi que cet acte ait pour cause un événement de force majeure (1).

L'acte 707 ne fait aucune distinction : un acte contraire est indispensable, mais il est suffisant d'où qu'il provienne et, lorsque l'on invoque les lois romaines, pour soutenir que l'acte doit émaner du propriétaire du fonds servant ou d'une personne agissant en son nom, dans son intérêt, on oublie que nos articles, à la différence du droit romain, organisent une véritable prescription extinctive et qu'ils ne sont pas basés sur l'idée de l'*usucapio libertatis*.

1159. L'acte contraire, exigé pour faire courir la prescription, consiste, si la servitude est *positive*, en un obstacle matériel apporté à l'exercice du droit et, si elle est *négative*, en un acte qui viole l'obligation de ne pas faire, résultant de la servitude. Les servitudes continues se conservent donc par le maintien des héritages dans un état conforme aux droits établis, sans qu'il soit besoin d'autre manifestation, et le non-usage ne commence pour elles qu'au jour où l'on *modifie* cet état de choses par un acte contraire, c'est-à-dire par un acte matériel, un travail, un ouvrage quelconque ; une simple protestation, une signification adressée au propriétaire du fonds dominant, avec défense formelle d'exercer la servitude, ne suffiraient pas pour faire courir la prescription; ce n'est là qu'une manifestation de volonté et non un acte qui, par lui seul, modifie l'état des lieux, empêche l'exercice effectif du droit, marque le point de départ du non-usage (2).

1160. L'acte contraire s'exécute, suivant les cas, tantôt sur le fonds servant, tantôt sur le fonds dominant; mais, dans

(1) Cass., 20 déc. 1847, D., 48. 1. 13; 3 mars 1890, S., 90. 1. 245, D., 91. 1. 37.

(2) Aubry et Rau, III, § 255, p. 106; Demolombe, XII, n. 1006; Laurent, VIII, n. 308. — Il faut que l'acte soit réellement contraire à l'exercice de la servitude. Douai, 9 déc. 1889, D., 91. 2. 69.

l'opinion générale, on exige un ouvrage apparent, permanent, c'est-à-dire non entaché de précarité (1). L'art. 707 ne va pas jusque-là; il veut seulement un acte contraire à la servitude; sans doute, quand le propriétaire du fonds servant reconnaît que les ouvrages ne sont établis et maintenus que par la tolérance du propriétaire du fonds dominant, il n'y a pas d'acte contraire, puisque le maintien de l'ouvrage suppose un aveu, une reconnaissance de la servitude. Mais, pourquoi la nécessité d'un acte apparent et permanent? Si l'obstacle a subsisté pendant trente ans, son caractère permanent est-il discutable? Pendant ce délai la servitude n'a pu être exercée; elle sera donc éteinte par le non-usage. Qu'importe aussi que l'ouvrage soit ou non apparent? Pendant trente ans un aqueduc souterrain a été obstrué; la servitude sera éteinte; qu'on ne vienne pas objecter l'ignorance de ce résultat de la part du propriétaire du fonds dominant; ce dernier est toujours à même de savoir si la servitude est susceptible ou non de s'exercer.

1161. La nécessité d'un acte contraire s'impose pour toutes les servitudes continues, même pour celles dont la jouissance offre certaines intermittences. On aurait donc tort de soutenir qu'une servitude d'aqueduc s'exerçant au moyen d'une vanne, peut s'éteindre par le non-usage, à partir du jour où l'on a cessé de lever la vanne, sans qu'aucun acte contraire à la servitude ait été effectué. Aucune raison ne permet, au mépris du texte formel de l'art. 707, d'appliquer à une servitude continue la règle des servitudes discontinues (2).

1162. Quelle solution donner lorsque la servitude n'a jamais été exercée? Pour les servitudes discontinues, la règle est fort simple : le délai de trente ans court certainement du jour où la servitude a été constituée. La question, d'autre part, ne se pose pas à l'égard des servitudes conti-

(1) Aubry et Rau, III, § 255, p. 105; Demolombe, XII, n. 1007; Laurent, VIII, n. 310.

(2) Aubry et Rau, III, § 255, p. 105, texte et note 16; Demolombe, XII, n. 1010; Laurent, VIII, n. 308. — *Contra* Dupret, *Revue de droit français et étranger*, 1846, p. 828 et 829.

nues négatives, qui s'exercent d'elles-mêmes, aussitôt que constituées, et tant que le propriétaire du fonds servant ne contrevient pas aux prohibitions qui lui sont imposées. Quant aux servitudes continues positives, une difficulté existe : une servitude de vue a été constituée au profit d'une maison déjà édifiée ou d'un immeuble à bâtir ; au bout de trente ans aucune fenêtre n'a été ouverte sur le fonds servant. La servitude se trouvera éteinte, mais non par application de l'art. 707, puisqu'il n'y a pas eu d'acte contraire à la servitude dont il n'a jamais été fait usage ; l'extinction résulte de la règle générale contenue dans l'art. 2262 C. civ. ; le titulaire de la servitude ne peut plus se prévaloir de son droit, du titre qui le lui concède, à l'expiration du délai de trente années. Le délai de trente ans commence donc à courir du jour même où le droit a été consenti (1).

1163. La question de preuve soulève ici encore des difficultés qui méritent d'être examinées. Une servitude a été constituée ; on ne conteste ni l'établissement de ce droit, ni la date de sa création ; il y a un titre qui fixe ces points d'une façon certaine. Mais le propriétaire du fonds servant soutient que la servitude est éteinte par le non-usage, tandis que le propriétaire du fonds dominant affirme qu'il a exercé son droit. Il y a une première règle incontestable qu'il importe de souligner tout d'abord ; c'est elle qui nous donnera la clef de la controverse suivante : la preuve relative au non-usage ou aux actes d'exercice de la servitude pourra toujours se faire soit par témoins, soit à l'aide de simples présomptions. Mais à qui incombe le fardeau de la preuve ? Est-ce au propriétaire du fonds servant, tenu d'établir le non-usage pendant trente ans ? Est-ce au titulaire de la servitude, contraint de démontrer la conservation de son droit ? La difficulté, à vrai dire, ne concerne pas les servitudes continues. De deux choses l'une, en effet : ou bien la servitude à la fois continue et positive n'a jamais été exercée, point dont la preuve sera très simple, et alors, ainsi qu'il a été dit, la

(1) Cass., 14 déc. 1863, S., 64. 1. 77, D., 64. 1. 126 ; 28 oct. 1889, D., 90. 1. 38. — Rennes, 18 nov. 1843, S., 44. 2. 461. — Orléans, 10 fév. 1865, D., 65. 2. 60. — Laurent, VIII, n. 313.

prescription sera acquise trente ans après la date du titre; ou bien la servitude a été exercée, mais, comme la jouissance s'opère sans le fait du propriétaire du fonds dominant, comme l'extinction suppose un acte contraire, il appartiendra au propriétaire du fonds servant de démontrer la réalité de cet acte qu'il invoque à l'appui de sa prétention (1). Le problème est beaucoup plus délicat lorsqu'il s'agit d'une servitude discontinue; en effet la prescription extinctive court à partir de la date même du titre constitutif, si des actes matériels d'exercice accomplis par le propriétaire du fonds dominant ne viennent assurer la conservation du droit; et le délai de la prescription, interrompu par chacun des actes d'exercice, recommence de nouveau à courir après chaque fait de jouissance. La solution défendue par la majorité des auteurs et consacrée par la Cour de cassation est exacte, mais les motifs dont on l'appuie sont formulés en termes très critiquables. On distingue suivant que le titulaire de la servitude est ou non en possession, c'est-à-dire suivant qu'il a ou non accompli un acte d'exercice postérieur au titre, et, antérieur, cela va sans dire, de moins de trente ans, par rapport à la demande introduite. Si le propriétaire du fonds dominant est en possession, il n'a rien à prouver; on présume, avec l'art. 2234 C. civ., qu'il a possédé, exercé la servitude pendant tout le temps intermédiaire entre la date du titre et le dernier fait de jouissance; c'est au propriétaire du fonds servant qu'il appartiendrait de détruire cette présomption, en démontrant que pendant cette période intermédiaire un laps de trente ans s'est écoulé sans que la servitude ait été exercée. Si, au contraire, le titulaire de la servitude n'est pas en possession, il ne lui suffit plus de produire son titre, qui, ayant plus de trente ans de date, ne prouve pas l'usage de la servitude, la conservation du droit; le titre qui remonte à plus de trente années et qui n'est pas vivifié par un acte ultérieur d'exercice se réduit à un *non-titre* (2). On a raison de s'élever

(1) Lyon, 9 avril 1881, S., 84. 2. 164, D., 82. 2. 20. — Cpr. Rouen, 20 mars 1868, S., 69. 2. 113.

(2) Aubry et Rau, III, § 255, p. 106 et 107 texte et note 21; Demolombe, XII, n. 1015; Pardessus, II, n. 308; Bonnier, *Des preuves*, n. 36 et 37; Toullier, II,

très vivement contre cette terminologie bizarre qui transforme un titre vieux de trente ans en un non-titre, contre l'argumentation qui s'empare de l'art. 2234, alors que la présomption légale de ce texte n'est pas applicable puisqu'il ne s'agit pas d'une période intermédiaire comprise entre deux faits de possession, mais d'un laps de temps écoulé entre un titre et un acte postérieur de jouissance; mais ces critiques faites, on aurait tort d'écarter la solution proposée en objectant la rigueur des principes généraux en matière de preuve, en disant que le propriétaire du fonds dominant, après avoir démontré l'existence de la servitude par la production de son titre, doit attendre tranquillement que l'adversaire qui invoque l'extinction de la servitude par le non-usage, soit comme fondement d'une action négatoire, soit comme défense à l'action confessoire, ait fourni la preuve de son allégation (1). En effet, quelle est la solution la plus raisonnable à consacrer, lorsque le juge se trouve en présence d'un titre remontant à plus de trente années, sans que le titulaire de la servitude, en vain interpellé, puisse démontrer la réalité d'un seul acte d'exercice postérieur à ce titre? Le juge présumera, sans hésiter, que la servitude n'a jamais été exercée et qu'elle est éteinte par l'expiration du laps de trente ans qui a commencé à courir à partir du titre, et cette présomption, qui n'est qu'une présomption de fait, est si plausible que le juge ne pourrait l'écarter sans faire échec à toutes les vraisemblances, à toutes les probabilités. Qu'arrive-t-il au contraire lorsque le propriétaire d'un fonds dominant produit son titre et démontre, en outre, qu'il a, depuis la

p. 465; Merlin, *Quest.*, v° *Usage*, n. 3. — Cass., 16 mars 1836, S., 36. 1. 609. D., 36. 1. 157; 16 mars 1903, D., 03. 1. 294. — Paris, 15 fév. 1842, S., 42. 1. 344. D., 42. 1. 83; 13 janv. 1840, S., 40. 1. 415, D., 40. 1. 86. — Douai, 20 nov. 1858, *Journal du Palais*, 59. 2. 68. — Caen, 24 juill. 1865, S., 66. 2. 191, D., 66. 2. 190. — V. aussi en matière de droit d'usage Cass., 11 juin 1834, S., 34. 1. 613, D., 36. 1. 214; 27 janv. 1873, S., 73. 1. 27. — Pau, 20 fév. 1835, S., 36. 2. 24, D., 35. 2. 189, et les autres arrêts cités dans le code civil annoté de Fuzier-Herman, sur l'art. 707, n. 21.

(1) V. dans le sens de cette seconde opinion, Laurent, VIII, n. 317; Pardessus, II, n. 308. — V. aussi l'analyse des conclusions d'un avocat général à la cour de cassation dans D. *Rép.*, v° *Preuve*, n. 886.

naissance de son droit, exercé la servitude concédée? Le juge, cette fois, présumera que depuis le titre il ne s'est pas écoulé une période de trente ans, sans qu'on y trouve d'autres actes d'exercice; il présumera que d'autres faits de jouissance se placent entre le titre et le dernier acte révélé. C'est encore une présomption de fait, et non la présomption légale de l'art. **2234**, mais une présomption très sérieuse et qui doit triompher, si l'adversaire ne parvient pas à la détruire en démontrant son inexactitude matérielle, en prouvant qu'en réalité ces autres faits de jouissance présumés n'ont pas eu lieu, en démontrant le non-usage, soit à l'aide de témoins, soit à l'aide de présomptions plus puissantes. Ainsi la solution se justifie par le jeu de deux présomptions de fait, mode de preuve admissible, on l'a dit, lorsqu'il s'agit d'établir le non-usage ou la réalité des actes d'exercice de la servitude.

1164. La prescription extinctive des servitudes par le non-usage est soumise aux règles ordinaires pour tout ce qui concerne la suspension et l'interruption (1).

Lorsque le délai de trente ans est expiré et que la prescription est accomplie, la servitude est éteinte, en principe. Des faits d'usage postérieurs ne pourraient que créer une servitude nouvelle, au bout d'un nouveau délai de trente ans, mais non faire revivre immédiatement l'ancienne (2), à moins qu'on ne puisse interpréter comme une renonciation à la prescription accomplie le silence gardé par le propriétaire du fonds servant: la renonciation, en effet, peut être tacite; mais, comme elle ne se présume pas, il faut que le silence du propriétaire de l'héritage autrefois grevé ne puisse s'expliquer autrement que par la volonté de renoncer au bénéfice de la prescription (3).

(1) Cass., 10 avril 1889, D., 89. 1. 401. — Trib. Lyon, 28 fév. 1895, *Mon. jud. Lyon*, 13 mai 1895. — Lorsque plusieurs fonds sont assujettis à une servitude de passage, l'acte interruptif de prescription accompli à l'encontre du propriétaire de l'un des fonds servants n'opère pas contre les propriétaires des autres fonds. Cass., 14 mars 1900, D., 00. 1. 525.

(2) Aubry et Rau, III, § 255, p. 106; Demolombe, XII, n. 795 et 1019; Laurent, VIII, n. 318. — Cass., 7 juill. 1856, S., 57. 1. 775; 22 juill. 1860, S., 61. 1. 526.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, VIII, n. 319. — Orléans, 31 déc. 1835, S., 36. 2. 5.

1165. C'est une question très discutée que celle de savoir si une servitude peut s'éteindre par la prescription de dix à vingt ans, conformément à l'art. 2265, lorsque le fonds servant est possédé comme libre de servitude par un tiers détenteur qui a juste titre et bonne foi. Ainsi je vous vends, en le déclarant libre de toute servitude, un fonds qui en réalité est grevé d'une servitude dont vous ignorez l'existence. Pourrez-vous, au bout de dix ou vingt années, opposer la prescription au propriétaire du fonds dominant qui pendant tout ce temps a négligé d'exercer la servitude?

Dans le sens de l'affirmative, on invoque l'ancien droit (1), et la loi du 11 brumaire an VII, chap. II, art. 35. On invoque ensuite l'art. 2180-4°, qui déclare l'usucapion de l'art. 2265 applicable aux privilèges et hypothèques. Cet article, dit-on, doit être étendu par analogie aux servitudes (2).

Nous préférons la solution contraire qui triomphe en doctrine et en jurisprudence (3). L'art. 2160 est tout à fait spécial aux privilèges et hypothèques et ne peut être étendu par analogie aux servitudes, pas plus que les règles de la prescription des servitudes ne peuvent être appliquées aux privilèges et hypothèques. Chacune de ces prescriptions a ses règles particulières. Quant à notre ancien droit, il est abrogé sur toutes les matières faisant l'objet du code civil. Or, l'art. 706 dit que la servitude est éteinte par le non-usage *pendant trente ans*. Cette disposition est conçue en termes absolus, et par conséquent elle est exclusive de la prescription de dix à vingt ans. On peut objecter qu'il existe un texte semblable pour l'usu-

(1) Coutume de Paris, art. 114 et art. 186 : « La liberté se peut réacquérir contre le titre de servitude par trente ans ». — Cpr. Pothier, *Prescription*, n. 136-139.

(2) V. en ce sens Laurent, VIII, n. 314; Duranton, V, p. 691; Delvincourt, II, p. 582; Vazeille, *Prescription*, I, 2. 419; Troplong, *Prescription*, II, n. 353; Bressoles, *Rev. de droit franç.*, 1848, p. 744. — Nancy, 14 mars 1842, S., 42. 2. 133, D., 42. 2. 106.

(3) Cass., 31 déc. 1845, S., 46. 1. 105, D., 46. 1. 39; 14 nov. 1853, S., 54. 1. 105, D., 53. 1. 329; 23 nov. 1875, S., 76. 1. 103, D., 65. 1. 423; 22 fév. 1881, S., 82. 1. 111, D., 81. 1. 407 et autres arrêts cités dans le code civil annoté de Fuzier-Herman, sur l'art. 706, n. 7; Aubry et Rau, III, § 255, p. 107, texte et note 23; Demolombe, XII, n. 1004; Pardessus, II, n. 306; Toullier, III, n. 688; Marcadé, sur l'art. 707, et autres auteurs cités dans le code civil annoté de Fuzier-Herman, *loc. cit.*

fruit (art. 617 al. 5), et cependant nous avons admis que l'usufruit peut s'éteindre par la prescription de dix à vingt ans (1). Mais le cas est bien différent. Celui qui possède de bonne foi et en vertu d'un juste titre un immeuble grevé d'usufruit, exerce le droit d'usufruit aux lieu et place du titulaire, et rien ne s'oppose à ce qu'il l'acquière au bout de dix à vingt ans par l'usucapion de l'art. 2265. C'est une prescription *acquisitive,* qui peut être n'éteint pas le droit de l'usufruitier, mais en paralyse seulement l'exercice, tant que durera le nouvel usufruit acquis par la prescription. Tandis que, dans notre espèce, le possesseur de l'immeuble n'a pas exercé la servitude n'étant ni propriétaire ni possesseur du fonds dominant et n'a pu par conséquent l'acquérir par la prescription.

D'ailleurs les servitudes susceptibles de s'acquérir par la possession prolongée réclament nécessairement une possession de trente ans; elles ne peuvent, à la différence de l'usufruit, être constituées par l'effet de l'usucapion de dix à vingt ans; et il y a contradiction, semble-t-il, à admettre avec certains auteurs (2), que les servitudes ne peuvent s'acquérir avec juste titre et bonne foi par la prescription de dix à vingt ans, tandis qu'elles seraient éteintes dans le même laps de temps par l'usucapion de la liberté du fonds servant.

Il ne peut donc être question que de l'extinction de la servitude par le non-usage, et ce non-usage doit durer trente ans, aux termes de l'art. 706.

La différence entre l'usufruit et les servitudes repose, en outre, sur des motifs rationnels : l'usufruitier qui laisse exercer son droit par un autre subit un préjudice très sensible, de tous les instants et sa négligence, plus grave, plus significative, permet d'abréger les délais nécessaires pour arriver à l'extinction de son droit; le titulaire de la servitude n'a pas toujours intérêt à l'exercice du droit; il peut rester assez longtemps sans en user, laisser le propriétaire du fonds servant retirer de l'héritage assujetti des services analogues, sans être taxé d'une négligence grossière, sans qu'on présume de sa part un abandon de son droit.

(1) V. *supra*, n. 768.
(2) V. notamment Laurent, VIII, n. 194 et 314.

1166. Pour prévenir l'extinction de la servitude par le non-usage, le propriétaire du fonds dominant n'a pas besoin de l'exercer par lui-même; il suffit qu'elle soit exercée *en son nom,* par exemple par un fermier ou par des ouvriers, ou même *au nom du fonds* par quelqu'un qui le représente, par exemple par un usufruitier ou un possesseur même de mauvaise foi (1). La loi fait une application de ce principe dans l'art. 709 : « *Si l'héritage en faveur duquel la servitude est* » *établie appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de* » *l'un empêche la prescription à l'égard de tous* ». En usant de la servitude, en effet, l'un quelconque des copropriétaires du fonds dominant l'a conservée pour le fonds lui-même, et par conséquent pour tous ceux qui ont un droit dans le fonds (2). Il en est ainsi non seulement lorsque l'exercice de la servitude est indivisible, comme s'il s'agit d'une servitude de passage, mais aussi lorsqu'il est susceptible de division, comme si la servitude consiste dans le droit de puiser cent hectolitres d'eau par an à une source. *Lex non distinguit* (3).

Laurent, qui soutient l'opinion contraire (4), exagère l'importance qu'il convient d'attacher à la division possible des avantages que la servitude procure et s'appuie trop exclusivement sur l'idée de l'indivisibilité des servitudes pour expliquer les art. 709 et 710. Si l'un des copropriétaires peut exercer la servitude au nom du fonds tout entier et pour le compte des autres communistes, c'est parce que le fonds est encore indivis, et non à cause de l'indivisibilité de la servi-

(1) Il suffit même que la servitude ait été exercée pour l'utilité du fonds dominant par une personne quelconque; ainsi un ami, un étranger, en allant voir le propriétaire du fonds dominant, exercent la servitude de passage sur l'héritage grevé.

(2) Cass., 12 juil. 1869, D., 69. 1. 498.

(3) Il en serait ainsi même dans le cas où le copropriétaire aurait usé de la servitude dans la mesure proportionnelle à son droit sur le fonds dominant; copropriétaire pour un quart, il n'a puisé par exemple que vingt-cinq hectolitres d'eau, alors que la servitude donnait droit à cent hectolitres; mais si la servitude est de la sorte conservée à l'égard de tous, c'est seulement dans la mesure effective de son exercice, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de vingt-cinq hectolitres seulement, que les communistes se partageront après la division du fonds dominant. — V. dans le sens de l'opinion exposée au texte Aubry et Rau, III, § 247, p. 65; Demolombe, XII, n. 997 et 998; Demante, II, n. 508 *bis*.

(4) Laurent, VIII, n. 322.

tude, c'est parce qu'avant le partage une seule servitude existe, dont un seul acte d'exercice assure la conservation; et, en effet, quand le fonds est divisé, les art. 709 et 710 ne sont plus applicables et il convient alors de faire des distinctions (1).

L'art. 710 va plus loin; il dispose que : « *Si parmi les* » *copropriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription* » *n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit* » *de tous les autres* ». *Minor relevat majorem in individuis*, dit Dumoulin. L'idée qui paraît ressortir de l'art. 710, est que le droit conservé par l'un des copropriétaires contre lequel la prescription n'a pu courir est conservé pour l'immeuble lui-même, par conséquent pour tous les copropriétaires, et, ainsi entendu, l'art. 710 cadre parfaitement avec celui qui précède.

1167. Qu'il en soit ainsi tant que l'indivision dure, ce n'est pas douteux.

Il est sans difficulté également que, si le fonds auquel la servitude est due est attribué par le partage à celui des copropriétaires au profit duquel existait la cause de suspension de la prescription, par exemple à celui qui est mineur, celui-ci conservera après le partage le bénéfice de la suspension de la prescription.

Mais en sera-t-il de même si l'immeuble est mis dans un autre lot, dans celui d'un copropriétaire au profit duquel la cause de suspension n'existait pas?

L'affirmative avait été jugée par les cours d'Amiens et de Nancy (2). Leurs arrêts ont été cassés (3). La cour de cassation invoque à l'appui de sa décision l'art. 883. En vertu de l'effet rétroactif que cet article attribue au partage, dit la cour, le copropriétaire auquel l'immeuble est attribué par le partage est censé en avoir été seul propriétaire depuis le jour où l'indivision a pris naissance; le mineur en faveur duquel

(1) V. *infra*, n. 1167, et *supra*, n. 1138 s.

(2) Amiens, 5 déc. 1840, S., 46. 1. 21, en tête de Cass., 2 déc. 1845, cité *infra*, D., 43. 2. 122. — Nancy, 29 nov. 1851, S., 51. 2. 799.

(3) Cass., 2 déc. 1845, S., 46. 1. 21, D., 46. 1. 21; 29 août 1853, S., 53. 1. 707, D., 53. 1. 230.

la cause de suspension de la prescription existait, est censé n'en avoir jamais eu la propriété ; par conséquent il ne peut plus être question de la suspension de prescription tenant à sa personne. La loi dit que la prescription ne court pas contre les mineurs (art. 2252), mais elle court contre les majeurs. Or, en vertu de la fiction de l'art. 883, l'immeuble au sujet duquel la prescription courait doit être considéré comme n'ayant jamais appartenu à un mineur.

Nous préférons, avec la grande majorité des auteurs (1), la solution consacrée par les cours d'Amiens et de Nancy. L'art. 710 dit que celui des copropriétaires contre lequel la prescription n'a point couru pendant l'indivision *conserve* le droit des autres. D'après la solution admise par la Cour de cassation, il ne conserve que le sien, puisque les autres copropriétaires ne pourront pas invoquer la suspension de la prescription. D'autre part, tout le monde admet que l'interruption de la prescription, résultant de l'exercice de la servitude, pendant la durée de l'indivision, par l'un des copropriétaires, profite aux autres, même après le partage consommé ; il doit logiquement en être de même de la suspension de la prescription. Les art. 709 et 710 sont conçus dans un même ordre d'idées. Chacun des copropriétaires est le représentant du fonds quant aux servitudes qui appartiennent à ce fonds. Il conserve ces servitudes pour le fonds en les exerçant (art. 709) ; elles sont conservées pour le fonds également quand la prescription est suspendue au profit de l'un des copropriétaires (art. 710), et par conséquent, dans un cas comme dans l'autre, celui auquel le fonds écherra par le partage bénéficiera de la conservation de la servitude.

Il faut donc admettre que l'art. 710 déroge à l'art 883, de même que l'art. 709 auquel il fait suite par l'enchaînement des idées aussi bien que par le numéro d'ordre. Nous ne rendons pas ainsi l'art. 883 inutile ; nous faisons seulement application de la règle *Specialia generalibus derogant ;* tandis que l'interprétation de la cour de cassation revient au fond à supprimer à peu près l'art. 710 et peut-être aussi l'art. 709.

(1) Demolombe, XII, n. 999 ; Laurent, VIII, n. 322 ; Demante, II, n. 568 *bis*, Duranton, V, n. 470 ; Pothier, *Des oblig.*, n. 647.

1168. Le partage rompt le lien qui existait pendant l'indivision entre les copropriétaires. Si donc le fonds titulaire de la servitude est divisé en plusieurs portions attribuées séparément à chacun des propriétaires ou à quelques-uns, chaque partie constitue désormais un immeuble distinct, et il pourra arriver que le propriétaire de l'une laisse périr par la prescription la servitude à laquelle il avait droit, tandis que le propriétaire de l'autre l'aura conservée. Les art. 709 et 710, écrits en vue de l'indivision, ne reçoivent plus ici leur application.

1169. « *Le mode de la servitude peut se prescrire comme la » servitude même, et de la même manière* » (art. 708).

Il résulte de ce texte que l'étendue d'une servitude peut se trouver diminuée, lorsque l'usage qu'on en fait pendant trente ans est plus restreint que celui auquel on a droit. La servitude est alors éteinte en partie par le non-usage.

La règle de l'art. 708 semble avoir été empruntée à Domat (1), qui lui-même a cru la trouver, par suite d'une erreur d'interprétation, dans les lois romaines. En effet, le droit romain consacrait une règle bien différente, que les autres auteurs de l'ancien droit avaient comprise et suivie (2). Dans la véritable solution romaine, la servitude ne pouvait être éteinte ni réduite par la prescription, quant à son mode d'exercice ; la servitude était conservée toute entière par un usage quelconque, même partiel ; il convenait seulement de rechercher si l'on avait voulu constituer une servitude comportant divers modes d'exercice ou plusieurs servitudes distinctes ; dans ce dernier cas, l'exercice de l'une des servitudes n'empêchait pas l'extinction des autres par le non-usage. C'était là une solution plus juridique que la règle écrite dans l'art. 708 ; la servitude peut former un droit unique, bien que susceptible de procurer des avantages divers ; par suite l'usage même

(1) Domat, *Lois civiles*, l. I, tit. 2, sect. VI, n. 5 : « Les servitudes se perdent par la prescription ou elles sont réduites à ce qui en est conservé par la possession, pendant le temps suffisant pour prescrire ».

(2) Pothier, *Introd. au titre XIII de la cout. d'Orléans*, n. 18; Lalaure, liv. I, chap. XII, 2e dist., p. 66; Basnage, sur l'art. 606 de la Cout. de Normandie. — Cf. l. 9, § 1. Dig., *Si servit vindic.*; l. 2, 8, § 1, 10, § 1, Dig., *Quemad. servit. amitt.*, l. 17, pr., Dig., *De aquæ pluv. arc.*

restreint du droit suffit pour en assurer la conservation, pour écarter toute idée de renonciation au bénéfice partiel de ce droit. L'art. 708 n'a pour lui que l'apparence d'une déduction logique : un examen superficiel a fait croire que si le non-usage entraînait l'extinction complète de la servitude, un usage restreint n'assurait qu'une conservation partielle du droit ; on a cru que l'adage *tantum præscriptum quantum possessum*, devait ici s'écrire *tantum præscriptum quantum* NON *possessum*, que le droit s'éteignait dans la mesure où on avait négligé d'en faire usage, oubliant le véritable fondement de la prescription extinctive.

Aussi a-t-on cherché à réduire les applications de l'art. 708, avec le souci de revenir à la vérité juridique, laquelle cadre mieux aussi avec l'équité et les besoins de la pratique.

L'accord existe à l'égard des servitudes continues. Si la servitude continue est positive et que le titulaire ne l'ait exercée qu'en partie, il aura, au bout de trente ans, perdu les avantages dont il n'a pas usé ; ainsi, autorisé à ouvrir trois fenêtres de dimensions déterminées, le propriétaire du fonds dominant, après avoir pratiqué, conformément à son titre, les trois ouvertures, en réduit les dimensions ou bouche l'une des fenêtres ; trente ans après, il lui sera interdit de rouvrir cette fenêtre ou d'augmenter les proportions des ouvertures (1). Cette solution trouve une justification assez plausible ; l'acte contraire, qui marque le point de départ de la prescription, a une signification spéciale ; provenu du titulaire de la servitude, on peut raisonnablement l'interpréter,

(1) Si, dès le début, le titulaire de la servitude n'avait ouvert que deux fenêtres ou s'il en avait pratiqué trois, mais de dimensions inférieures à celles prévues au titre, la solution serait la même ; l'hypothèse se rattache à la prescription des servitudes qui n'ont jamais été exercées. Si l'on s'était contenté d'établir une servitude de vue, sans autre indication, le propriétaire du fonds dominant conserverait après trente ans, le droit d'établir de nouvelles ouvertures ; le mode n'a pas été prescrit, puisqu'aucun mode n'était déterminé ; Laurent, VIII, n. 328 ; Marcadé, II, sur l'art. 702, n. 608 ; Delvincourt, I, p. 165, note 2. D'après Demolombe, XII, n. 994, les ouvertures nouvelles ne pourraient être postérieures de plus de trente ans à la dernière fenêtre établie sur le fonds dominant ; mais c'est oublier que les servitudes continues ne se prescrivent que s'il y a un acte contraire. — Cpr. Caen, 1er mars 1839, S., 39. 2. 298, D., 39. 2. 200. — Enfin v. *contra* Toullier, II, n. 661 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 369, note 1.

après un maintien prolongé, comme un abandon partiel du droit (1); émané du propriétaire du fonds servant, il apparaît en outre comme une atteinte directe, certaine au droit d'autrui, comme un empiétement assez caractérisé pour expliquer une sorte d'usucapion de la liberté partielle de l'héritage assujetti. La même raison s'applique aux servitudes négatives; aussi les ouvrages élevés en violation des prohibitions inhérentes à la servitude et maintenus pendant trente ans, auront-ils pour résultat une extinction partielle du droit, dans la mesure même où on l'a méconnu; un mur de trente mètres de longueur sur deux mètres de hauteur a été élevé, au mépris d'une servitude *non ædificandi;* cette servitude est éteinte partiellement en ce sens que le propriétaire du fonds dominant, s'il peut s'opposer encore à des constructions nouvelles ou à l'extension du mur, ne pourra plus exiger, au bout de trente ans, la démolition de ce qui avait été construit.

La controverse est née à propos des servitudes discontinues. Le texte de l'art. 708 semble pourtant bien formel : le mode de la servitude est prescriptible, c'est-à-dire la manière déterminée d'en user, la façon dont on doit l'exercer, l'étendue plus ou moins grande des avantages qu'elle comporte au moment même où elle a été constituée. Ainsi, celui qui a le droit de passage en charrette comme à pied, et qui ne passe qu'à pied pendant trente ans, ne peut plus désormais passer autrement. La détermination du passage à pied ou en charrette, c'est là le mode d'exercice de la servitude, tel que le prévoit l'art. 708. Cependant la jurisprudence et une partie de la doctrine (2), se refusant à une application aussi rigoureuse du texte, établissent, malgré sa formule absolue, les distinctions suivantes : il convient d'abord d'examiner si, d'après l'intention des parties, on n'a pas voulu établir plu-

(1) De même, lorsque l'acte contraire provient d'un tiers, on peut dire que le propriétaire du fonds dominant, en laissant subsister l'obstacle matériel mis à l'exercice partiel de la servitude, renonce à son droit dans la même mesure.

(2) Cass., 5 juin 1860, S., 60. 1. 497, D., 60. 1. 252; 29 août 1882, S., 84. 1. 395, D., 83. 1. 341; 6 juil. 1897, D., 97. 1. 488. — Aubry et Rau, III, § 255, p. 109, texte et note 25; Demolombe, XII, n. 1029; Toullier, III, n. 703; Dupret, *Revue de droit français et étranger*, 1846, III, p. 823 s.

sieurs servitudes distinctes, en précisant d'une façon limitative les divers avantages accordés au fonds dominant; en pareil cas on appliquera, non pas l'art. 708, mais bien les articles 706 et 707, ce qui conduira au même résultat; si l'usage s'est restreint à une seule servitude, les autres seront éteintes. Si, au contraire, l'on n'a concédé qu'une seule servitude, tout en indiquant, mais d'une façon énonciative et à titre d'exemple, différentes façons d'en user, l'art. 708 sera ou non applicable suivant les cas; la servitude ainsi constituée ne sera pas nécessairement éteinte pour partie par cela seul que le propriétaire du fonds dominant ne l'aura pas utilisée dans toute son étendue : lorsque l'usage est conforme au titre, lorsqu'il dépend du seul titulaire de la servitude de l'exercer pour le tout ou pour partie, lorsque le propriétaire du fonds dominant use du droit dans la mesure de ses besoins et de ses convenances, la servitude est conservée dans son intégrité (1). Pendant trente ans, on exerce un passage à pied seulement, alors que le titre permettait de passer aussi avec chevaux et voitures, mais le propriétaire du fonds dominant n'avait ni équipage, ni exploitation rurale; son droit reste entier et il conserve pour l'avenir le passage avec voitures (2); de même le titulaire d'une servitude de pacage, pour le printemps et pour l'automne, conserve le droit de l'exercer pendant ces deux périodes, alors même que depuis plus de trente ans elle n'aurait été utilisée qu'au printemps (3); mais, lorsque la restriction mise à la jouissance de la servitude a une cause autre que les besoins, les convenances, la volonté même de son titulaire, lorsque, par exemple, elle résulte d'un changement matériel dans l'état des lieux ou d'une présomption formelle, de la part du propriétaire du fonds servant, l'art. 708 devient alors applicable, et la servitude doit être ramenée aux limites qui, depuis trente ans, ont circonscrit son mode d'exercice; ainsi, la servitude de passage à pied ou en voiture, pendant le jour et pendant la nuit, est prescrite quant au droit de l'utiliser la nuit ou avec des voitures, si des obstacles matériels se

(1) Cass., 29 août 1882, précité; 6 juil. 1897, précité.
(2) Cass., 5 juin 1860, précité.
(3) Riom, 6 fév. 1855, S., 55. 2. 712.

sont depuis plus de trente ans opposés à cette façon d'en user sans que le propriétaire du fonds dominant ait songé à les écarter pour passer autrement qu'à pied (1); on peut raisonnablement ici interpréter sa conduite comme un abandon partiel de son droit.

Cette opinion, théoriquement préférable à la solution du code, est contraire à l'art. 708, qui ne renferme pas les distinctions proposées. De même que le non-usage de la servitude, sans qu'on ait à en rechercher la cause, a pour conséquence nécessaire l'extinction totale du droit, de même la servitude subit, dans tous les cas, une extinction partielle, si, quels qu'en puissent être les motifs, l'exercice n'a pas été complet (2).

1170. L'étendue d'une servitude pourrait-elle être augmentée par la prescription? En d'autres termes, peut-on acquérir par la prescription un mode d'exercice de la servitude plus avantageux que celui auquel on a droit? Cette question à laquelle notre titre paraît étranger (car il est placé dans la section qui traite de l'*extinction* des servitudes, et il s'agit ici d'une *acquisition*), doit être résolue d'après les principes généraux. Or ils nous conduisent à une distinction. S'agit-il d'une servitude continue et apparente? La prescription, qui peut faire acquérir la servitude elle-même (art. 690), peut à plus forte raison faire acquérir un mode d'exercice plus avantageux de cette même servitude. Ainsi le droit de passer sur les francs-bords d'un canal pour assurer ou faciliter la jouissance d'une servitude de prise d'eau ou d'aqueduc, n'étant qu'un mode d'exercice de cette servitude, peut s'acquérir par prescription (3), De même celui auquel son titre donne le droit d'avoir trois fenêtres sur l'héritage voisin, et qui pendant trente ans en aura possédé quatre, aura acquis par prescription le droit de conserver la quatrième. S'agit-il

(1) Cass., 29 août 1882, précité; 6 juill. 1897, précité.

(2) V. dans le sens de l'opinion soutenue au texte Laurent, VIII, n. 330; Duranton, V, n. 606; Demante, II, n. 507; Marcadé, sur l'art. 708, n. 1; Pardessus, II, n. 305. — V. sur cette question la critique, de M. Planiol, *op. cit.*, n. 1974, texte et note 1, et l'évolution historique de la règle.

(3) Cass., 26 janv. 1880, S., 80. 1. 261, D., 80. 1. 152.

au contraire d'une servitude discontinue ou non apparente? La prescription sera aussi impuissante à fonder un mode d'exercice plus avantageux de la servitude qu'elle le serait à fonder la servitude elle-même (arg. art. 691) (1). Ainsi celui qui a le droit de passer à pied seulement, ne pourra pas acquérir par la prescription de trente ans le droit de passer à cheval ou en voiture.

La prescription peut donc modifier *en moins* le mode d'exercice de toutes les servitudes, mais elle ne peut modifier *en plus* que celui des servitudes continues et apparentes. Il pourra résulter de là que le propriétaire du fonds dominant, pour avoir changé le mode d'exercice de la servitude, perdra, au bout de trente ans de cet exercice irrégulier, son droit tout entier. Ainsi j'ai le droit de conduire dans mon fonds par un aqueduc l'eau d'une source qui prend naissance dans le fonds voisin : je n'établis pas l'aqueduc ou je le détruis après l'avoir établi, et pendant trente ans je vais puiser de l'eau à la source. J'aurai perdu la servitude d'aqueduc par la prescription, et je n'aurai pas acquis la servitude de puisage, qui est discontinue (2).

1171. On ne pourrait non plus prétendre avoir conservé, après l'extinction d'une servitude principale par le non-usage, les droits accessoires qui s'y trouvaient attachés; le titulaire d'une servitude de puisage avait, comme corollaire, un passage sur le fonds servant; mais il s'est contenté de passer sur ce fonds sans jamais exercer la servitude de prise d'eau; il en résulte qu'il a perdu cette servitude, sans conserver ni acquérir le droit de passage.

1172. Que décider enfin si l'on a exercé la servitude établie, mais dans des conditions différentes, en modifiant le lieu assigné à son exercice ou le temps fixé pour son usage? La difficulté se présente surtout à propos des servitudes discon-

(1) Cass., 18 déc. 1894, *Pand. franc.*, 95. 1. 141.

(2) Cass., 6 déc. 1864, S., 65. 1. 79, D., 65. 1. 26. — Caen, 27 août 1842, S., 43. 2. 101; 16 déc. 1848, S., 49. 2. 664, D., 50. 2. 11. — Cpr. Lyon, 4 mai 1865, S., 65. 2. 288. — Caen, 25 juill. 1865, S., 66. 2. 191, D., 66. 2. 190. — V. aussi dans le même sens, Aubry et Rau, III, § 255, p. 110, texte et note 27; Demolombe, XII, n. 1031; Duprat, *op. cit.*, p. 835 et 836.

tinues. Un droit de passage a été concédé sur une partie déterminée d'un fonds et, pendant trente ans, le passage s'est constamment exercé sur un tout autre point; une servitude de puisage grève un puits creusé dans une cour et, pendant trente ans, l'eau est prise exclusivement dans un autre puits situé dans la même cour; ou bien encore, ayant le droit de prendre de l'eau de six heures du matin à midi, je la puise de midi à six heures du soir; je passe la nuit sur un fonds, alors que le titre permet de passer pendant le jour. Pour résoudre le problème il importe de distinguer deux hypothèses :

Ou bien il résulte du titre constitutif, de l'intention des parties souverainement interprétée par le juge, que l'assignation du lieu, du temps fixés est limitative, impérative et qu'elle a été envisagée comme un élément essentiel du droit concédé; on a établi une servitude sous des conditions précises, rigoureusement déterminées, telles qu'un changement apporté dans le mode d'exercice soit regardé comme donnant naissance à une servitude toute différente et bien distincte de celle concédée. Dans cette hypothèse, la solution ne saurait être douteuse : la servitude, telle qu'on l'a constituée, se trouve éteinte toute entière par le non-usage; elle n'a pas même été exercée pour partie, puisqu'en fait on a joui d'une autre servitude; quant à cette dernière, elle n'a pu être acquise par prescription, puisqu'on la suppose discontinue; le propriétaire du fonds dominant n'aura plus aucun droit de servitude.

Ou bien, l'assignation du temps et du lieu n'est pas limitative, impérative; elle n'a, dans l'intention expresse ou présumée des parties, qu'une importance secondaire accessoire; c'est une indication démonstrative, *ad exempli causa,* d'un mode d'exercice de la servitude; on a simplement voulu réglementer l'usage du droit dans un de ses détails, pour éviter des difficultés ultérieures. Dans cette seconde hypothèse la solution apparaît moins nette. La jurisprudence et les auteurs qui, en cas d'exercice partiel, se refusaient à appliquer l'art. 708 dans toutes les hypothèses, restent d'accord avec leurs principes en décidant que si le bénéfice de l'assignation primitive est perdu au bout de trente ans, la servitude n'est

pas éteinte (1), le propriétaire de l'héritage servant étant tenu de la souffrir dans les conditions où elle a été exercée en fait, s'il n'aime mieux faire revenir le propriétaire de l'héritage dominant à l'assignation primitive. Encore une fois le code aurait dû consacrer cette théorie, mais l'art. 708 en a décidé autrement; lorsque l'on a fixé l'assiette de la servitude, on s'est prononcé sur son mode d'exercice tout comme dans l'hypothèse où l'on a dit que la servitude pouvait s'exercer à pied ou avec voitures; on ne peut pas faire abstraction des clauses du contrat de constitution ni supposer arbitrairement que le titre est resté muet sur la détermination des conditions d'exercice de la servitude. La jouissance effective du droit ne saurait donc servir de guide au juge pour régler les rapports du fonds dominant et du fonds servant. En conséquence la servitude constituée se trouve éteinte, puisqu'elle n'a pas été exercée, sans que l'on puisse reconnaître à son titulaire, le droit de l'utiliser d'une autre façon, la prescription acquisitive étant par ailleurs inefficace (2).

La même règle est applicable aux servitudes continues, mais avec cette différence que la prescription acquisitive permet au propriétaire du fonds dominant de se prévaloir du nouveau mode de jouissance dont il a usé en fait.

§ IV. *Causes d'extinction non prévues par le code civil.*

1173. Aux causes d'extinction des servitudes énumérées ici par la loi, il y a lieu d'ajouter :

1° L'arrivée du terme fixé par les parties, lorsque la servi-

(1) Cass., 5 mars 1894, *Pand. franç.*, 95. 1. 32. — Besançon, 8 fév. 1899, *Pand. franç.*, 1900. 2. 268.

(2) Laurent, VIII, n. 333; Duranton, IV, n. 607; Pardessus, II, n. 304; Marcadé, sur l'art. 708, n. 1. — Dans certains cas, du reste, l'opinion contraire pourrait être assez embarrassée; si on autorise ainsi, au mépris du titre, le déplacement de l'assiette de la servitude, jusqu'où aller? Permettra-t-on l'exercice du passage sur un autre fonds limitrophe appartenant au même propriétaire? Il faudra bien arriver à cette solution; qu'importe, en effet, si l'assiette est déplacée que ce soit à droite ou à gauche, sur une autre parcelle du fonds indiqué ou sur la partie contiguë du fonds voisin? Cpr. *supra*, n. 1105.

tude a été constituée pour un certain temps seulement, ce qui est rare.

2° L'événement de la condition résolutoire, lorsque la servitude a été constituée sous une semblable condition.

On pourrait stipuler, au profit des propriétaires successifs du fonds servant, la faculté du rachat de la servitude, sans la soumettre aux restrictions des art. 1660 et 1661 C. civ.; mais, à défaut d'une clause expresse, le rachat n'est pas possible, sans le consentement du propriétaire du fonds dominant.

3° La résolution rétroactive du droit du constituant sur le fonds grevé de la servitude. On applique la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* (1).

4° La renonciation à la servitude, faite par le propriétaire du fonds dominant.

On applique ici des règles analogues à celles indiquées au titre de l'usufruit. Ainsi quand la renonciation est unilatérale, elle n'a pas besoin d'être acceptée par le propriétaire du fonds servant. La renonciation doit émaner d'une personne ayant la capacité ou le pouvoir de disposer de ses immeubles. Elle peut être expresse ou tacite; la renonciation tacite résulte d'un fait impliquant *nécessairement* l'intention de faire abandon du droit; il faut que ce fait ne puisse recevoir d'autre interprétation, car les renonciations ne se présument pas.

Ainsi il y aurait bien renonciation tacite, si le propriétaire du fonds dominant autorisait en termes formels le propriétaire du fonds servant à établir d'une façon permanente, des ouvrages qui forment obstacle à l'exercice de la servitude, ou s'il concourait lui-même à la construction de ces ouvrages (2); mais le seul fait d'avoir laissé, sans protestation, élever de pareils ouvrages ne pourrait être interprété comme une renonciation tacite; l'art. 707, en effet, démontre que l'inaction

(1) Mais la résolution du droit de celui qui était propriétaire du fonds dominant, lors de la constitution de la servitude, n'entraine pas l'extinction du droit concédé. Besançon, 25 juill. 1888, D., 90. 2. 77.

(2) Aubry et Rau, III, § 255, p. 111; Demolombe, XII, n. 1043; Laurent, VIII, n. 338. — Cpr. Cass., 6 août 1860, S., 60. 1. 142, D., 60. 1. 337; 7 fév. 1872, S., 72. 1. 269. D., 72. 1. 200.

du propriétaire n'entraîne de conséquence qu'au bout de trente ans ; *a fortiori,* si le titulaire du droit avait lui-même établi sur son propre fonds des travaux contraires à l'exercice de la servitude, on ne pourrait trouver immédiatement dans ce fait une renonciation tacite. Enfin le consentement donné à la vente du fonds servant ne suffirait pas à faire présumer la renonciation (arg. art. 621).

La renonciation a, suivant les circonstances, plus ou moins d'étendue ; elle a pour objet la servitude entière ou une partie seulement, de sorte qu'elle produit tantôt l'extinction complète, tantôt l'extinction partielle du droit.

Elle n'est opposable aux tiers qui ont acquis des droits réels sur l'héritage dominant que par la transcription de l'acte qui la constate (loi du 23 mars 1855, art. 2-1° et 3) (1).

5° Enfin, les servitudes s'éteignent par l'expropriation pour cause d'utilité publique du fonds servant, sauf indemnité juste et préalable pour le propriétaire de l'héritage dominant (loi du 3 mai 1841, art. 21, 23 et 39).

La cession amiable, qui aurait été consentie par le propriétaire de l'héritage assujetti avant tout jugement d'expropriation, n'aurait pas pour résultat d'éteindre la servitude et, à défaut d'un arrangement amiable accepté par le propriétaire du fonds dominant, la servitude devrait faire l'objet spécial d'une expropriation régulière (2).

1174. Il est intéressant de rappeler ici que la loi du 6 octobre 1791, et après elle l'art. 12 de la loi du 9 juillet 1889 modifiée par celle du 22 juin 1890, a, dans l'intérêt de l'agriculture, autorisé le rachat forcé de la servitude de pacage établie conventionnellement entre particuliers sur un fonds quelconque, même en nature de bois (3).

1175. Ce sont là les seuls modes d'extinction des servitudes : on ne saurait étendre à cette matière la disposition de l'art. 618 spécial à l'usufruit ; les tribunaux ne pourraient ni

(1) Qu'il s'agisse d'une renonciation unilatérale ou non.

(2) Cons. d'Etat, 19 janv. 1850, S., 50. 2. 302, D., 51. 3. 7. — Lyon, 11 fév. 1864, S., 64. 2. 302, D., 65. 2. 149. — Paris, 27 août 1864, D., 64. 5. 167. — Cpr. Cass., 2 fév. 1859, S., 59. 1. 267, D., 59. 1. 262.

(3) Demolombe, XII, n. 1057.

par application directe de ce texte, ni à titre de dommages-intérêts, imposer l'extinction d'une servitude en cas d'abus dans son exercice ; ils ont seulement le droit, en pareil cas, de condamner le propriétaire du fonds dominant au paiement d'une indemnité en argent et de prescrire, sous une sanction pécuniaire, les mesures propres à faire cesser, dans l'avenir, tout excès dommageable (1).

(1) Aubry et Rau, III, § 255, p. 111 ; Demolombe, XII, n. 1059.

FIN

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME

LIVRE II

DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ

(N°s)		Pages
1.	NOTIONS GÉNÉRALES.	1
2.	§ 1. Du patrimoine et des divers droits que nous pouvons avoir .	2
3.	§ 2. Définition du droit réel.	3
4.	§ 3. Définition du droit personnel.	5
5.	§ 4. Comparaison du droit réel et du droit personnel	6

TITRE PREMIER

DE LA DISTINCTION DES BIENS

10.	Définition des biens	11
11.	Fondement rationnel d'une distinction des biens.	12
12.	Evolution historique.	12
16.	Des diverses distinctions des biens.	16
16.	1° Biens corporels, biens incorporels.	16
17.	2° Biens consomptibles et biens non consomptibles.	17
18.	3° Biens fongibles, biens non fongibles.	17
19.	4° Choses principales et choses accessoires.	19
20.	5° Biens considérés comme objets particuliers et biens considérés comme universalité.	19
21.	Intérêts de la distinction des biens en meubles et en immeubles.	19
22.	CHAPITRE PREMIER. — *Des immeubles.*	21
23.	*Section première.* — Des immeubles par leur nature.	21
24.	§ 1. Fonds de terre.	22
25.	§ 2. Bâtiments	23
25.	A. Cause et conditions de l'immobilisation	23
28.	B. Des constructions élevées sur le terrain d'autrui	26
28.	1° Par le titulaire d'un droit réel.	26
30.	2° Par le preneur (fermier ou locataire).	28
40.	3° Par un simple possesseur.	37
42.	C. Comment cesse l'immobilisation	38
44.	§ 3. Moulins fixés sur piliers ou faisant partie d'un bâtiment. . .	39
47.	§ 4. Récoltes pendantes par branches et par racines et semences confiées au sol.	41

(Nos)		Pages
47.	Cause de l'immobilisation.	41
48.	Comment cesse l'immobilisation.	42
48.	D'une manière absolue	42
49.	D'une manière relative (vente de fruits et produits à détacher du sol ; meubles par anticipation).	44
54.	§ 5. Des tuyaux.	52
56.	*Section II.* — Des immeubles par destination.	53
59.	§ 1. Conditions requises pour qu'un objet devienne immeuble par destination.	56
64.	§ 2. De l'immobilisation par destination agricole, industrielle ou commerciale.	62
64.	A. Immobilisation par destination agricole.	62
74.	B. Immobilisation par destination industrielle.	72
75.	C. Immobilisation par destination commerciale	73
85.	§ 3. De l'immobilisation par perpétuelle demeure	78
92.	§ 4. Comment cesse l'immobilisation	84
93.	§ 5. Distinction des immeubles par destination, des immeubles par nature et des meubles.	85
97.	*Section III.* — Des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. .	88
97.	§ 1. Critérium servant à fixer le caractère immobilier d'un droit.	88
102.	§ 2. Application aux droits réels.	90
108.	§ 3. Application aux droits personnels	93
115.	*Section IV.* — Des immeubles par la détermination de la loi	97
119.	CHAPITRE II. — *Des meubles.*	99
120.	*Section première.* — Des meubles par leur nature.	100
123.	*Section II.* — Des meubles par la détermination de la loi.	103
123.	§ 1. Critérium servant à fixer le caractère mobilier d'un droit . .	103
125.	§ 2. Application aux droits réels.	104
126.	§ 3. Application aux droits personnels	105
127.	A. Des droits personnels mobiliers en général et spécialement des obligations ou des actions ayant pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers	105
132.	B. Actions ou intérêts dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie	109
143.	C. Rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers	116
146.	1° Rentes foncières	117
146.	α. Dans le droit actuel	117
160.	β. Dans l'ancien droit.	123
161.	2° Rentes constituées	125
161.	α. Dans le droit actuel	125
163.	β. Dans l'ancien droit.	126
164.	3° Différences entre les rentes foncières et les rentes constituées dans notre droit actuel	128
165.	§ 4. Application à certains droits spéciaux (offices, propriété littéraire, etc.).	129
170.	*Section III.* — Définitions légales des mots meubles, mobiliers, etc.	131
171.	CHAPITRE III. — *Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent*	134
172.	*Section première.* — Des biens n'appartenant pas à des particuliers.	135

(N°s) Pages
172. § 1. Domaine national 135
184. § 2. Domaine communal 141
187. § 3. Domaine départemental 142
188. *Section II.* — Des divers droits réels que les particuliers peuvent avoir sur les biens. 143

TITRE II

DE LA PROPRIÉTÉ

197. CHAPITRE PREMIER. — *Notions générales sur le droit de propriété.* 149
198. *Section première.* — Caractères du droit de propriété et facultés inhérentes à ce droit. 150
200. § 1. Caractères du droit de propriété. 152
204. § 2. Facultés inhérentes au droit de propriété. 154
212. *Section II.* — Limites du droit de propriété et restrictions qu'il comporte. 159
212. § 1. Restrictions imposées par la loi ou par les règlements de l'autorité administrative. 159
215. § 2. Limites rationnelles dérivant du respect dû aux droits d'autrui, spécialement aux droits des voisins. 162
226. § 3. Modalités du droit de propriété 173
230. *Section III.* — De la sanction du droit de propriété; des actions qui en dérivent et de la preuve 175
232. § 1. De l'action en revendication 177
232. A. Conditions d'exercice de l'action en revendication 177
235. B. De la preuve du droit de propriété 178
255. C. Effets de l'action en revendication. 189
265. § 2. De l'action négatoire. 194
266. *Section IV.* — De quelques états particuliers de la propriété. . . . 195
267. § 1. De la copropriété. 195
268. A. De la copropriété avec indivision volontaire. 195
272. B. De la copropriété avec indivision forcée. 198
278. § 2. Propriétés incorporelles. 202
280. CHAPITRE II. — *Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose.* 203
281. *Section première.* — Principe général de l'art. 546. 203
290. *Section II.* — Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose. 209
290. § 1. Au profit du propriétaire 209
292. § 2. Au profit du possesseur. 211
293. A. Possesseur de bonne foi. 211
293. 1° Conditions requises pour l'existence de la bonne foi . . . 211
316. 2° Fondement de l'attribution des fruits au possesseur de bonne foi. Conséquences 223
322. 3° Jusqu'à quelle époque le possesseur de bonne foi fait-il les fruits siens? 227
327. B. Possesseur de mauvaise foi. 231
329. CHAPITRE III. — *Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose.* 233

(Nos) Pages
330. *Section première.* — Du droit d'accession relativement aux choses immobilières. 234
331. § 1. De l'accession résultant des plantations, constructions et autres ouvrages 234
331. A. Principe 234
331. 1° Propriété du dessus et du dessous. 234
341. 2° Du droit de superficie 241
349. B. Développement du principe 245
349. 1° Des constructions faites par un propriétaire sur son fonds avec des matériaux appartenant à autrui 245
357. 2° Des constructions, plantations ou autres ouvrages faits sur le terrain d'autrui. 248
362. α. Première hypothèse : le constructeur est de mauvaise foi. 250
364. β. Deuxième hypothèse : le constructeur est de bonne foi. 251
372. γ. Domaine d'application de l'art. 555. 256
378. § 2. De l'accession résultant du voisinage d'un cours d'eau. . . . 262
379. A. De l'alluvion 262
392. B. Des relais 269
396. C. Règles spéciales aux étangs 271
403. D. De l'avulsion 274
410. E. Des îles et îlots. 278
417. F. Du lit abandonné. 281
427. § 3. Accession relative à certains animaux sauvages qui se fixent sur le fonds et en deviennent une dépendance 291
429. *Section II.* — Du droit d'accession relativement aux choses mobilières. 293

TITRE III

DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION

433. CHAPITRE PREMIER. — *De l'usufruit* 297
433. *Section première.* — Définition et caractères de l'usufruit. 297
454. *Section II.* — Règles relatives à l'établissement du droit d'usufruit. 307
454. § 1. Modes d'établissement 307
454. A. La loi 308
455. B. La volonté de l'homme. 309
458. C. La prescription. 310
461. § 2. Capacité et formalités requises pour la constitution de l'usufruit 313
467. § 3. Des diverses modalités dont la constitution d'usufruit est susceptible. 316
474. § 4. Quels biens sont susceptibles d'usufruit. 318
483. *Section III.* — Des droits de l'usufruitier. 321
483. § 1. Principes généraux 321
483. A. Du droit de jouissance de l'usufruitier 321
485. 1° Produits et fruits divers 322
494. 2° Intérêts que présente la distinction des diverses espèces de fruits 325

(Nos)		Pages
495.	α. Fruits naturels et industriels (1re règle)	326
511.	β. Fruits civils (2me règle)	335
520.	3° Droits de l'usufruitier sur les accessoires du fonds grevé d'usufruit	341
523.	B. Mode de jouissance de l'usufruitier	343
524.	1° Droit d'administration	343
539.	2° Faculté pour l'usufruitier de céder son droit à titre gratuit ou onéreux	353
545.	C. Des actions qui appartiennent à l'usufruitier	357
557.	D. Droits et obligations du nu propriétaire envers l'usufruitier	360
574.	§ 2. Hypothèses particulières	374
574.	A. De l'usufruitier des choses fongibles ou quasi-usufruit	374
583.	B. De l'usufruit d'un fonds de commerce	379
585.	C. De l'usufruit d'une créance	383
595.	D. Usufruit portant sur des meubles corporels se détériorant peu à peu par l'usage	388
597.	E. Usufruit d'une rente viagère	390
603.	F. Usufruit portant sur des bois	392
605.	1° Usufruit portant sur des bois taillis	393
612.	2° Usufruit portant sur des bois de haute futaie	398
621.	3° Disposition commune aux bois taillis et aux bois de haute futaie	404
627.	G. De l'usufruit d'un fonds contenant une mine, une minière, une carrière ou une tourbière	406
634.	H. Disposition relative au trésor	410
636.	*Section VI.* — Des obligations de l'usufruitier	411
637.	§ 1. Des obligations de l'usufruitier avant son entrée en jouissance	411
638.	A. De l'inventaire et de l'état	411
649.	B. De la caution	418
669.	§ 2. Des obligations de l'usufruitier pendant la durée de sa jouissance	433
672.	A. L'usufruitier doit entretenir la chose en bon état	434
688.	B. L'usufruitier doit supporter toutes les charges imposées sur le revenu du bien soumis à l'usufruit	448
692.	C. L'usufruitier doit contribuer avec le propriétaire aux charges qui sont établies sur la propriété pendant la durée de l'usufruit	449
694.	D. L'usufruitier universel ou à titre universel doit supporter pendant toute la durée de l'usufruit et proportionnellement à l'importance de son droit les revenus passifs du patrimoine sur lequel porte son droit de jouissance. — Cette charge n'est imposée en aucun cas à l'usufruitier à titre particulier	452
697.	1° Usufruitier universel ou à titre universel	454
712.	2° Usufruitier à titre particulier	464
715.	E. L'usufruitier doit contribuer aux frais des procès concernant la jouissance	466

(N°s)		Pages
718.	F. L'usufruitier doit dénoncer au propriétaire les usurpations qui pourraient porter atteinte à son droit.	467
721.	§ 3. Des obligations imposées à l'usufruitier quand l'usufruit prend fin.	468
727.	*Section V.* — Comment l'usufruit prend fin.	472
728.	§ 1. Mort de l'usufruitier	473
733.	§ 2. Expiration du temps pour lequel l'usufruit a été établi	475
737.	§ 3. Consolidation	477
743.	§ 4. Non usage pendant trente ans	481
747.	§ 5. Perte totale de la chose	484
753.	§ 6. Abus de jouissance de l'usufruitier.	491
761.	§ 7. Renonciation de l'usufruitier.	495
767.	§ 8. Résolution du droit du constituant	499
768.	§ 9. Prescription acquisitive.	499
774.	CHAPITRE II. — *De l'usage et de l'habitation.*	503
774.	A. Définition. Etablissement. Extinction.	503
782.	B. Droits de l'usager.	506
787.	C. Des obligations de l'usager.	511

TITRE IV

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS

791.	CHAPITRE PREMIER. — *Définition et caractères distinctifs des servitudes réelles.*	515
791.	§ 1. Définition.	515
815.	§ 2. Distinction de la servitude et du droit de propriété ou de copropriété.	521
811.	§ 3. Différence entre le droit personnel et la servitude réelle	530
812.	§ 4. Différences entre le droit de créance et la servitude personnelle	532
813.	§ 5. Différences entre les servitudes personnelles et les servitudes réelles	532
816.	§ 6. Division des servitudes.	533
820.	CHAPITRE II. — *Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux.*	537
821.	*Section première.* — Des eaux	537
822.	§ 1. Des eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs sur les fonds inférieurs	538
830.	§ 2. Des eaux pluviales.	552
831.	A. Eaux pluviales tombant sur un terrain privé.	553
834.	B. Eaux pluviales tombant ou coulant sur une voie publique.	556
839.	§ 3. Des sources	560
839.	A. Régime général.	560
841.	B. Exceptions	567
842.	1° Acquisition par un tiers du droit sur la source	567
847.	2° Droit sur la source au profit des habitants d'une commune.	575
851.	3° Droit au profit des usagers inférieurs sur les eaux d'une source ayant le caractère d'eaux publiques et courantes (Abandon à la communauté irrigative)	581

(N°s)		Pages
854.	§ 4. Des eaux courantes	584
858.	A. L'héritage est traversé par l'eau courante	587
859.	B. L'héritage borde l'eau courante	589
860.	C. Dispositions communes à tous les riverains	590
865.	D. Règlements d'eau	596
878.	§ 5. Servitudes relatives à l'irrigation et à l'écoulement des eaux	
879.	A. Servitude d'aqueduc	612
890.	B. Servitude d'appui	621
894.	C. Servitudes relatives à l'écoulement des eaux nuisibles	626
900.	*Section II.* — Du bornage	630
901.	§ 1. Différences entre l'action en bornage et l'action en revendication	631
911.	§ 2. Du juge compétent pour statuer sur l'action en bornage	639
917.	§ 3. De l'exercice de l'action en bornage et de ses effets	645
923.	*Section III.* — De la clôture	648
926.	CHAPITRE III. — *Des servitudes établies par la loi*	655
929.	Disparition des anciennes servitudes légales non maintenues par le code	658
930.	*Section première.* — De la mitoyenneté	661
933.	§ 1. Du mur mitoyen	663
934.	A. Quels murs sont mitoyens ?	664
935.	1° Présomptions de mitoyenneté	665
941.	2° Comment tombent les présomptions de mitoyenneté	669
949.	B. Du droit qui appartient à tout propriétaire joignant un mur d'en acquérir la mitoyenneté	677
950.	1° Dans quels cas s'applique l'art. 661	678
957.	2° Obligations de l'acquéreur	683
958.	3° Etendue du droit de l'acquéreur de la mitoyenneté d'un mur	688
959.	C. Des droits que confère la mitoyenneté d'un mur	691
959.	1° Constructions adossées contre le mur	691
961.	2° Exhaussement du mur	692
969.	3° Usages divers	701
973.	D. Charges de la mitoyenneté	704
979.	E. Hypothèses particulières	709
980.	1° Clôture forcée	709
986.	2° Cas où les différents étages d'une même maison appartiennent à divers propriétaires	717
989.	§ 2. De la mitoyenneté des clôtures autres que les murs	721
991.	A. Quelles clôtures sont mitoyennes ?	722
993.	1° Présomption de mitoyenneté	722
993.	2° Comment tombe la présomption de mitoyenneté	726
1002.	B. Conséquences de la mitoyenneté	733
1007.	*Section II.* — De la distance à observer pour les plantations	737
1007.	§ 1. Détermination des distances	738
1013.	§ 2. Sanction	746
1021.	*Section III.* — De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions	753
1024.	*Section IV.* — Des vues sur la propriété de son voisin	758

(N°s)		Pages
1024.	§ 1. Distinction des jours et des vues	758
1025.	A. Le mur est mitoyen	758
1028.	B. Le mur n'est pas mitoyen	760
1029.	1° Des jours de tolérance	761
1031.	2° Des vues	763
1033.	§ 2. Observation commune aux jours et aux vues	767
1036.	§ 3. Examen de quelques cas particuliers	772
1042.	*Section V.* — De l'égout des toits	778
1044.	*Section VI.* — Du droit de passage	780
1045.	§ 1. Conditions requises pour que le passage soit dû	781
1052.	§ 2. Assiette de la servitude de passage	789
1059.	§ 3. De l'indemnité	796
1060.	§ 4. Effets de la servitude	797
1061.	§ 5. De la prescription	798
1070.	CHAPITRE IV. — *Des servitudes établies par le fait de l'homme*	803
1071.	*Section première.* — Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens	804
1071.	§ 1. Des restrictions apportées à la liberté d'établir toutes sortes de servitudes	804
1080.	§ 2. Divisions des servitudes	812
1081.	A. Servitudes urbaines et servitudes rurales	812
1082.	B. Servitudes continues et servitudes discontinues	812
1090.	C. Servitudes apparentes et servitudes non apparentes	819
1092.	D. Servitudes positives et servitudes négatives	821
1093.	*Section II.* — Comment s'établissent les servitudes	821
1094.	§ 1. Du titre. — Capacité requise pour constituer et pour acquérir une servitude	822
1099.	§ 2. De la prescription	829
1115.	§ 3. De la destination du père de famille	844
1127.	*Section III.* — Des droits du propriétaire du fonds dominant. — De ceux du propriétaire du fonds servant et des actions qui naissent des servitudes	857
1129.	§ 1. Droits et obligations du propriétaire du fonds dominant	860
1140.	§ 2. Droits et obligations du propriétaire du fonds servant	873
1146.	§ 3. Des actions qui naissent des servitudes	879
1148.	*Section IV.* — Comment les servitudes s'éteignent	882
1148.	§ 1. Impossibilité d'user de la servitude	883
1153.	§ 2. Confusion	887
1155.	§ 3. Non usage pendant trente ans	889
1173.	§ 4. Causes d'extinction non prévues par le code civil	911

TABLE

DES TEXTES DE LOIS

EXPLIQUÉS DANS CE VOLUME

I. CODE CIVIL

Articles du Code civil	Numéros.	Articles du Code civil	Numéros.
516	21.	551	329.
517	22.	552	331 s.
518	24 s.	553	339 s.
519	44 s.	554	349 s.
520	47 s.	555	357 s.
521	48 s.	556	378 s.
522	64 s.	557	392 s.
523	54 s.	558	396 s.
524	66 s.	559	403 s.
525	86 s.	560	410 s.
526	100 s.	561	410 s.
527	119.	562	416.
528	120.	563	417 s.
529	123 s.	564	427.
530	146 s.	565	429.
531	121.	566	429.
532	122.	567	429.
533	170.	568	429.
534	170.	569	429.
535	170.	570	429.
536	170.	571	429.
537	171.	572	429.
538	173 s.	573	429.
539	180.	574	429.
540	181.	575	429.
541	182.	576	429.
542	186.	577	429.
543	188 s.	578	433 s.
544	212.	579	454 s.
545	214.	580	467 s.
546	281 s.	581	474 s.
547	290.	582	483 s.
548	291.	583	488 s.
549	292.	584	490 s.
550	293 s.	585	494 s.

tude a été constituée pour un certain temps seulement, ce qui est rare.

2° L'événement de la condition résolutoire, lorsque la servitude a été constituée sous une semblable condition.

On pourrait stipuler, au profit des propriétaires successifs du fonds servant, la faculté du rachat de la servitude, sans la soumettre aux restrictions des art. 1660 et 1661 C. civ.; mais, à défaut d'une clause expresse, le rachat n'est pas possible, sans le consentement du propriétaire du fonds dominant.

3° La résolution rétroactive du droit du constituant sur le fonds grevé de la servitude. On applique la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* (1).

4° La renonciation à la servitude, faite par le propriétaire du fonds dominant.

On applique ici des règles analogues à celles indiquées au titre de l'usufruit. Ainsi quand la renonciation est unilatérale, elle n'a pas besoin d'être acceptée par le propriétaire du fonds servant. La renonciation doit émaner d'une personne ayant la capacité ou le pouvoir de disposer de ses immeubles. Elle peut être expresse ou tacite; la renonciation tacite résulte d'un fait impliquant *nécessairement* l'intention de faire abandon du droit; il faut que ce fait ne puisse recevoir d'autre interprétation, car les renonciations ne se présument pas.

Ainsi il y aurait bien renonciation tacite, si le propriétaire du fonds dominant autorisait en termes formels le propriétaire du fonds servant à établir d'une façon permanente, des ouvrages qui forment obstacle à l'exercice de la servitude, ou s'il concourait lui-même à la construction de ces ouvrages (2); mais le seul fait d'avoir laissé, sans protestation, élever de pareils ouvrages ne pourrait être interprété comme une renonciation tacite; l'art. 707, en effet, démontre que l'inaction

(1) Mais la résolution du droit de celui qui était propriétaire du fonds dominant, lors de la constitution de la servitude, n'entraîne pas l'extinction du droit concédé. Besançon, 25 juill. 1888, D., 90. 2. 77.

(2) Aubry et Rau, III, § 255, p. 111; Demolombe, XII, n. 1043; Laurent, VIII, n. 338. — Cpr. Cass., 6 août 1860, S., 60. 1. 142, D., 60. 1. 337; 7 fév. 1872, S., 72. 1. 269. D., 72. 1. 200.

du propriétaire n'entraîne de conséquence qu'au bout de trente ans ; *a fortiori,* si le titulaire du droit avait lui-même établi sur son propre fonds des travaux contraires à l'exercice de la servitude, on ne pourrait trouver immédiatement dans ce fait une renonciation tacite. Enfin le consentement donné à la vente du fonds servant ne suffirait pas à faire présumer la renonciation (arg. art. 621).

La renonciation a, suivant les circonstances, plus ou moins d'étendue ; elle a pour objet la servitude entière ou une partie seulement, de sorte qu'elle produit tantôt l'extinction complète, tantôt l'extinction partielle du droit.

Elle n'est opposable aux tiers qui ont acquis des droits réels sur l'héritage dominant que par la transcription de l'acte qui la constate (loi du 23 mars 1855, art. 2-1° et 3) (1).

5° Enfin, les servitudes s'éteignent par l'expropriation pour cause d'utilité publique du fonds servant, sauf indemnité juste et préalable pour le propriétaire de l'héritage dominant (loi du 3 mai 1841, art. 21, 23 et 39).

La cession amiable, qui aurait été consentie par le propriétaire de l'héritage assujetti avant tout jugement d'expropriation, n'aurait pas pour résultat d'éteindre la servitude et, à défaut d'un arrangement amiable accepté par le propriétaire du fonds dominant, la servitude devrait faire l'objet spécial d'une expropriation régulière (2).

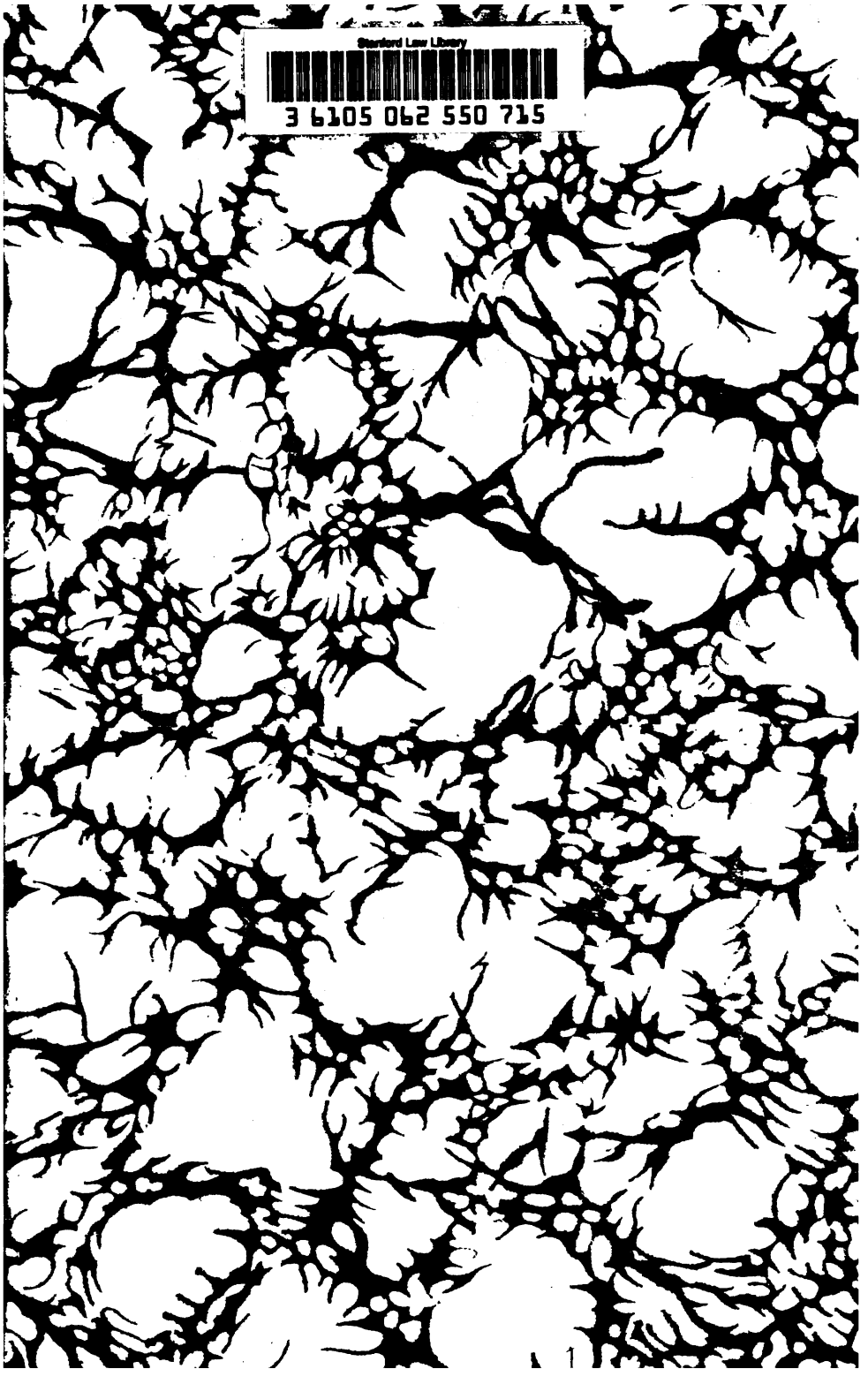
1174. Il est intéressant de rappeler ici que la loi du 6 octobre 1791, et après elle l'art. 12 de la loi du 9 juillet 1889 modifiée par celle du 22 juin 1890, a, dans l'intérêt de l'agriculture, autorisé le rachat forcé de la servitude de pacage établie conventionnellement entre particuliers sur un fonds quelconque, même en nature de bois (3).

1175. Ce sont là les seuls modes d'extinction des servitudes : on ne saurait étendre à cette matière la disposition de l'art. 618 spécial à l'usufruit ; les tribunaux ne pourraient ni

(1) Qu'il s'agisse d'une renonciation unilatérale ou non.

(2) Cons. d'Etat, 19 janv. 1850, S., 50. 2. 302, D., 51. 3. 7. — Lyon, 11 fév. 1864, S., 64. 2. 302, D., 65. 2. 149. — Paris, 27 août 1864, D., 64. 5. 167. — Cpr. Cass., 2 fév. 1859, S., 59. 1. 267, D., 59. 1. 262.

(3) Demolombe, XII, n. 1057.


Stanford Law Library
3 6105 062 550 715